


Digitized by Google

Wesen

und

subjektive Begrenzung

der Rechtskraft.

Eine prozessuale Abhandlung

mit

Beiträgen zum bürgerlichen Recht,

insbesondere zur

Lehre von der Rechtsnachfolge und der Verfügungsmacht des Nichtberechtigten.

Von

Dr. Konrad Hellwig.
Professor zu Erlangen.

Leipzig.
A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf.
(Georg Böhme).
1901.

Vorwort.

Das erste Kapitel dieser Arbeit ist als Beitrag zu der Festschrift, welche die Universität Erlangen zur Feier des achtzigjährigen Geburtstags Seiner Königlichen Hoheit des Prinzregenten Luitpold (12. März 1901) veranstaltet hat, erschienen. Bei der Niederschrift dieses Beitrags war es meine Absicht, die Frage nur nach ihrer prinzipiellen Seite hin zu erörtern. Nachdem ich mich aber aus dem erwähnten Anlass wieder eingehender mit dieser ebenso interessanten wie schwierigen Materie beschäftigt hatte, wurde der Wunsch, das grosse Material, welches ich bereits gesammelt hatte, druckfertig zu machen, so lebhaft, dass ich andere Arbeiten liegen liess und mit dem Herrn Verleger die Vereinbarung traf, meinen Beitrag zu der erwähnten Festschrift als Anfang der vorliegenden Schrift erscheinen zu lassen.

Ich erwähne diese Entstehungsgeschichte, weil nur sie es verständlich macht, dass in dem ersten Kapitel manche Fragen nur kurz behandelt sind, die sich jetzt im späteren Zusammenhang ausführlich erörtert finden. Auch wird der Umstand, dass die ersten Teile der Schrift bereits im Oktober v. J. zum Druck gegeben wurden, es erklären, dass in dem ersten Kapitel die Spezialarbeit von Mendelssohn-Bartholdy gar nicht, in den folgenden Partien aber ungleichmässig berücksichtigt ist. Soweit es möglich war, ist diese Schrift, deren Verdienstlichkeit ich trotz Ablehnung des in ihr verteidigten Prinzips gern anerkenne, noch in hinzugefügten Noten berücksichtigt.

Schon durch den Titel habe ich es zum Ausdruck gebracht, dass meiner Ansicht nach die Lehre von der sogen. materiellen Rechtskraft durchaus dem Prozessrecht angehört. Die Wirkung der in dem Urteil



enthaltenen Feststellung ist sowohl inter partes, als gegenüber Dritten, weder Erzeugung von civilen Rechten, noch eine Veränderung derselben. Allerdings bilden die Voraussetzungen, auf welche das Prozessrecht abstellt, um die Rechtskrafterstreckung zu normieren, zum allergrössten Teil Rechtsverhältnisse des Civilrechts. So erklärt es sich einerseits, dass ausserordentlich viele der untersuchten Vorschriften ihren Platz in den Ordnungen des bürgerlichen Rechts gefunden haben. Anderseits ergibt sich aus dem Gesagten die Notwendigkeit eingehender Untersuchung des bürgerlichen Rechts, wenn anders die Darstellung der subjektiven Begrenzung der Rechtskraft auf einer festen und soliden Grundlage aufgebaut werden soll. Ich habe mich dieser Aufgabe unterzogen, ohne den grossen Schwierigkeiten, die sich bei der Neuheit des Stoffs boten, irgendwo aus dem Wege zu gehen. So enthält diese Arbeit, obwohl das Thema ein rein prozessuales ist, besonders eingehende Untersuchungen über die Succession in Rechte und Verbindlichkeiten und über die mit der Prozessführungsmacht Hand in Hand gehende Macht des Nichtberechtigten zur Verfügung über fremde Rechtsverhältnisse.

Die Arbeit hat zum Gegenstande die Darstellung des Reichsrechts. Sollte ihr Umfang nicht ganz übermässig werden, so musste darauf verzichtet werden, die bisherigen und die fremden Rechte eingehender darzustellen. Jedoch ist das römische Recht überall kurz berücksichtigt und bei der Frage nach der Wirkung, welche die Zustimmung des Berechtigten zur Prozessführung des Nichtberechtigten hat, ist der Interpretation der einschlägigen Stellen, namentlich der berühmten l. 63 D. 42, 1 eine längere selbständige Darstellung (§ 67) gewidmet, weil uns die römischen Juristen hier den Weg gezeigt haben, auf welchem die richtige Lösung einer ebenso wichtigen wie schwierigen Frage zu finden ist.

Erlangen, im April 1901.

Hellwig.

Inhaltsverzeichnis.

I. Kapitel.
Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraftwirkung im allgemeinen.

Seite

§ 1. I. **Konstitutive und Feststellungs-Urteile** 1
1. Rechtsgestaltung durch Vollstreckungsakte S. 1, durch Entscheidung auf Widerspruchsklage (Rechtsmittelklage), oder in Beziehung auf Privatrechtsverhältnisse S. 2. Ihre objektive Wirkung S. 3 (vgl. dazu auch §§ 9, 62); Feststellungswirkung der konstitutiven Urteile (auf die Parteien beschränkt) S. 4. — 2. Feststellungsurteile S. 5f. Verurteilung wirkt feststellend und erzeugt das Recht zur Vollstreckung S. 6/7.

§ 2. II. **Die prozessrechtliche Natur der Rechtskraftwirkung** 7
1. Die sog. materielle Rechtskraft ist kein Institut des Privatrechts S. 7f. Reichsrecht und Landesrecht S. 9. Weitergeltung des letzteren nach 1./1. 1900 Note 24. Absolute Wirkung der R. S. 11. Gegenstand der R. Note 28. Ihr Inhalt ist nicht Beweiskraft, sondern Unbestreitbarkeit S. 12. Bedeutung im Erbbescheinigungsverfahren Note 31. Rechtsdeklaration, nicht Rechtserzeugung oder Aufhebung S. 14. Feststellung von absoluten Rechten S. 15, von Forderungen S. 16. Keine obligatio judicati S. 17, kein jus facere S. 18. — 2. Wirkung inter partes S. 19 (dazu § 17, bes. Note 6a). 3. Terminologie S. 20/1.

§ 3. III. **Die Reflexwirkung der Urteile** 21
1. Wirkung des durch die Verurteilung erlangten Vollstreckungsrechts S. 21. Verurteilung gleich der Vollstreckung wirkend Note 57. Haftung des falsus heres, der den Nachlass erstreitet S. 23. Nutzen des Siegs eines Mitberechtigten S. 23. — 2. KO. § 147. Besiegung aller, die widersprochen haben S. 24, Unterliegen gegenüber einem von ihnen S. 26. — 3. Abhängigkeit eines Rechts von der Durchsetzbarkeit eines gegen einen Anderen gerichteten Rechts S. 27. — 4. Reflexwirkung eines civilistischen Abhängigkeitsverhältnisses: Handelsgesellschaft und Gesellschafter S. 27, Mieter und Aftermieter S. 28 (Rechtskraft S. 352f.,

Seite

356f.), Bürgen und accessorisch haftende Gesammtschuldner S. 30, Fiduciant und Fiduciar S. 31, Hauptpartei und Nebenintervenient S. 32. — 5. CPO. § 75 S. 33. — Gegen Wach: Note 103, vgl. dazu auch §§ 8, 9, 38/9.

II. Kapitel.

Die Erstreckung der Rechtskraft auf Dritte.

§ 4. I. **Partei und Stellvertretung** 35
1. Der Parteibegriff S. 35. 2. Der Begriff der prozess. Stellvertretung S. 36f. Recht zur Stellvertretung S. 37. Elterliche Gewalt Note 8. Mangel der Vertretungsmacht S. 38. 3. Vertretung im eigenen Interesse S. 38. Partei für fremde Rechnung S. 39f. Vgl. dazu S. 295f. (Indossament), 300f. (Einlösung des Wechsels) und Nachtrag § 70.

§ 5. II. **Objektive und subjektive Identität** 42
Die auf Dritte erstreckte Rechtskraft hat keinen anderen Inhalt als die R. inter partes S. 42. Anwendung auf den Ehemann, Pfandgläubiger, Niessbraucher S. 43, auf sonstige Mitberechtigte S. 45.

§ 6. III. **Rechtskraft und Vollstreckbarkeit** 46
1. Rechtskraft ohne Vollstreckbarkeit S. 46. Bedeutung der Erstreckung der Vollstreckbarkeit S. 47, Vollstreckbarkeit ohne Rechtskraft S. 48. — 2. Aus definitiver Vollstreckbarkeit gegen Dritte folgt die R. gegen Dritte S. 49. 3. Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel ist keine Vollstreckungsmassregel S. 50.

IV. **Die einzelnen Fälle der Rechtskrafterstreckung.**

§ 7. 1. **Einleitung** 51
1. Zulässigkeit der Analogie S. 51. 2. Wertlosigkeit des Begriffs der Repräsentation S. 52. 3. Legitimus contradictor S. 53f.

§ 8. 2. **Übersicht über die einzelnen Fälle der Rechtskrafterstreckung** 56
1. Fälle ohne einheitlichen Gesichtspunkt (Statusprozesse, laudatio auctoris, CPO. § 856, Succession pendente lite) S. 57. 2. Fälle, in denen ein civilistisches Verhältnis den Grund für die Erstreckung der R. bildet a) Nachfolge post rem judicatam S. 56, b) Macht zur Prozessführung, korrespondierend aus der Verfügungsmacht: α) im eigenen Namen über fremde Rechtsverhältnisse zu prozessieren S. 58. β) Prozessführungsmacht des Nichtberechtigten S. 59. γ) Selbständige Sondervermögen S. 60. — Vgl. hierzu auch den Nachtrag in § 70.

§ 9. 3. **Urteile in Statusprozessen** 63
1. Ehesachen S. 63, Eheanfechtungsklage S. 64, Nichtigkeitsklage S. 65, Feststellungsklage S. 67. (Vgl. auch § 62, I.) — 2. Eltern- und Kindesverhältnis S. 70. — Zusammenfassung und Grund dieser Ausnahmevorschriften S. 71.

§ 10. 4. **Die laudatio auctoris** 72
Der in §§ 76/7 CPO. vorausgesetzte Thatbestand S. 72. Prozesseinrede des Beklagten S. 74. Das Urteil entscheidet über die Ver-

Seite

pflichtung des Auktors S. 75, zugleich aber auch über die des Entlassenen S. 76. Umfang der Prozessführungsmacht des Autors S. 78. Warenzeichengesetz § 9, IV. S. 79, dazu § 55, I.

§ 11. 5. **Die Rechtskrafterstreckung gemäss § 856 CPO.** 79
Rechtsstellung des Pfändungspfandgläubigers S. 79 (Arrestpfandgläubiger Note 3). Reguläre Rechtskraft S. 81. — Rechtskraft bei Klage nach § 1281 BGB. S. 81/2. — Besonderheiten des § 856 CPO. a) Verhältnis der in § 853 verliehenen Forderung auf Hinterlegung zu dem materiellen Recht gegen den Drittschuldner S. 82. b) Streitgenossenschaft der konkurrierenden Pfandgläubiger S. 84. Rechtskrafterstreckung infolge Beiladung S. 85 (Rechtzeitigkeit derselben Note 20). Verhältnis des unterliegenden Klägers zu den Konkurrenten S. 87. Günstige und ungünstige Entscheidung S. 87/8. — Pfändungs- und Konventionalpfandgläubiger S. 88. — Die Verurteilung des Schuldners schafft keine Rechtskraft im Anfechtungsprozess des Gläubigers S. 89f.

III. Kapitel.

Die Erstreckung der Rechtskraft auf Rechtsnachfolger.

I. Abschnitt.

Die Rechtsnachfolge im allgemeinen.

§ 12. 1. **Einleitung** 92
Begriff der Rechtsnachfolge identisch im Civil- und Prozessrecht S. 92. — Ihre Gründe S. 93 (Surrogation Note 5). — Rechtsnachfolge = abgeleiteter Erwerb S. 95.

§ 13. 2. **Herleitung von Rechten vom Nichtberechtigten** 96
1. Verfügung über fremde Rechte kraft diesbezüglicher Berechtigung S. 97 (Zuschlag Note 7); blosse Verfügungsmacht S. 98. 2. Keine Erklärung aus dem Gesichtspunkt der Vertretung S. 99, kein originärer Erwerb S. 101. 3. Die Verfügung der Nichtberechtigten überträgt das fremde Recht. Auch der dritte Berechtigte ist der Rechtsvorgänger des Erwerbers S. 104.

3. **Beschränkung der Verfügungsmacht des Rechtsvorgängers.**

§ 14. a) **Infolge eines Veräusserungsverbots** 105
Seine civilrechtliche Wirkung S. 106. Es mindert nicht das Recht zur Prozessführung S. 107. Rechtskraft gegenüber dem Gesicherten S. 108.

§ 15. b) **Bedingungen und Zeitbestimmungen** 109
1. Aufschiebende Bedingung S. 109. Rechtskrafterstreckung auf den bedingten Erwerber S. 110. 2. Auflösende Bedingung S. 111. Der Rückfallsberechtigte ist Rechtsnachfolger des

Seite

Zwischenberechtigten S. 111. Rechtskraft aus den Prozessen des letzteren S. 114.

§ 16. c) **Die schwebende Wirksamkeit und die schwebende Unwirksamkeit** 115

1. Schwebende Unwirksamkeit. Materiellrechtlich S. 116. Rechtskraft S. 117. 2. Schwebende Wirksamkeit. Obligatorisch wirkende Anfechtbarkeit S. 118. Die Anfechtbarkeit im technischen Sinn S. 119 (Gründe: Note 19). Der Erwerber wird Rechtsnachfolger trotz Anfechtbarkeit S. 119. Der Veräusserer wird es durch den Rückfall S. 121/2. Bedeutung der Rückwirkung S. 123. Kein Rückfall des Besitzes S. 123/4.

II. Abschnitt.

Grund und Umfang der Rechtskrafterstreckung bei der post rem judicatam eingetretenen Rechtsnachfolge.

§ 17. 1. **Grund der Erstreckung** 125

Diese folgt weder aus dem Begriff der Singular-, noch aus dem der Universalsuccession S. 125/7. (§ 325 I CPO. bedeutet: nur inter partes Note 6a.) Das civilistische Abhängigkeitsverhältnis ist der Grund für die gesetzlich statuierte Erstreckung der R. S. 128. Successio in universum jus defuncti S. 129. — Rechtsnachfolge pendente lite S. 129.

§ 18. 2. **Umfang der Erstreckung bei Singularnachfolge nach Eintritt der Rechtskraft** 130

Abhängigkeit der Erstreckung davon, dass der Dritte Rechtsnachfolger ist S. 131. Beweislast S. 132. Neues Vorbringen S. 133. Umfang der Erstreckung der Wirkung der Verurteilungen S. 134 (R. aus absolutio ab instantia Note 18). Neue Einwendungen S. 135.

§ 19. **Fortsetzung (Rechtsnachfolge nach Eintritt der Rechtskraft)** 136

Vorliegen eines Successionsthatbestandes bei Verneinung des Rechtsverhältnisses, welches übergehen würde, wenn es bestände. Neues Vorbringen gegen festgestellte Belastungen S. 137/8. Ableitung verneinter Rechte aus anderen Gründen, als der Berechtigung des besiegten Vorgängers S. 139f. — Keine Rechtskraft zwischen Vorgänger und Nachfolger S. 142f.

§ 20. 3. **Umfang der Erstreckung gegenüber den Gesammtnachfolgern** 145

Auch gegen sie R. nur, soweit sie als Nachfolger in Betracht kommen S. 145. — Prozesse über unvererbliche Rechtsverhältnisse des Erblassers S. 147/8. Vgl. auch S. 354 (Erbe des Spolianten).

III. Abschnitt.

Die Rechtskrafterstreckung bei einer während des Prozesses eintretenden Rechtsnachfolge.

§ 21. 1. **Einleitung** 149

Succession mit Eintritt in das Prozessverhältnis S. 149, mit Aus-

Seite

schluss des Eintritts S. 150/1. — Die unter § 265 CPO. gehörigen Fälle S. 151. Begriff der Veräusserung, successio ex lege und durch Richterakt S. 152.

§ 22. 2. **Bedeutung des § 265 CPO. bei Nachfolge in das streitige Recht** 153
Veräusserungsverbot vollständig beseitigt S. 153. Der Veräusserer streitet über das ihm fremde Recht S. 154. Analogie zu § 1380 BGB. S. 155/6. Mangelnde Sachlegitimation des Veräusserers S. 158. Seine Fähigkeit zu Klagverzicht und Klaganerkennung S. 158. Er hat nur das Recht, Verurteilung zur Leistung an den Nachfolger zu verlangen S. 159. Vollstreckung eines solchen Urteils S. 160. Einwendungen aus der Person des Nachfolgers S. 161 (Aufrechnung Note 38).

§ 23. 3. **Bedeutung des § 265 CPO. (Fortsetzung: Grund und Umfang der Rechtskrafterstreckung)** 162
Vergleichung mit der Nachfolge post rem judicatam S. 162/3. — Urteil bindet den Nachfolger so, wie es gefällt ist S. 164. Dies gilt auch für die Rechtszuständigkeit S. 165. Bedeutungslosigkeit der Kenntnis der Veräusserung Note 9. Regress wegen schlechter Prozessführung S. 166. — Voraussetzung der Erstreckung der R., Konkurrenz des § 407 BGB. S. 167. Grundsätze über den Erwerb vom Nichtberechtigten S. 168f.

§ 24. 4. **Bedeutung des § 265 CPO. (Fortsetzung: konstitutive und kumulative Succession)** 170
Konstitutive Succession S. 170. Verpfändung oder Pfändung der streitigen Forderung S. 171. (Vgl. auch S. 408/9.) Verheiratung S. 172. Aufnahme eines Mitberechtigten S. 172.

§ 25. 5. **Bedeutung des § 265 CPO. bei Nachfolge auf Seite des Beklagten** 172
Prozesse über Feststellung exklusiver Rechte S. 173, über Verbindlichkeiten S. 174. Verurteilung des Nachfolgers S. 176, deren Vollstreckung S. 177. Kumulative Succession S. 177/8. — Voraussetzung der Erstreckung der R. S. 178.

§ 26. 6. **Die Wiederaufnahmeklage nach eingetretener Rechtsnachfolge** 179
Kein völliges Erlöschen des Prozessverhältnisses S. 179. — Rechtsnachfolge ohne Eintritt in das Prozessverhältnis S. 180. Trotzdem Wiederaufnahme des Successors als des Nebenintervenienten (auch in Verbindung mit Intervention) S. 181. — Rechtsnachfolge post rem judicatam S. 182.

IV. Abschnitt.

Die Rechtskraft gegenüber denjenigen Nachfolgern, die Rechte von Nichtberechtigten ableiten.

§ 27. 1. **Die Besonderheiten, die sich aus dem bürgerlichen Recht ergeben** 183
1. Urteile über das Verfügungsrecht des Nichtberechtigten S. 183.



Seite

2. Urteile über das Recht, über welches verfügt ist (Ursprungsrecht) S. 185 f. a) Bejahung desselben S. 185, b) Verneinung S. 185 f. Urteil schadet nichts, wenn das Recht durch die Verfügung des Nichtberechtigten vom Berechtigten auf den Erwerber übergeht S. 186. Anwendung auf BGB. §§ 932, 935, auf § 892. — Vorschriften, nach denen eine (festgestellte) Beschränkung oder Belastung untergeht S. 188 f.

§ 28. 2. **Die Bedeutung des § 325 Absatz 2 CPO.** 190

1. Herrschende Meinung S. 190. 2. Entstehungsgeschichte S. 191/3. 3. § 325 II sagt nicht, dass die Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten unberührt bleiben. Trotzdem gilt dies S. 193/4. 4. Positive Bedeutung des § 325 II (Kenntnis der Rechtshängigkeit) S. 195. 5. Bedeutung des § 325 Abs. 3 S. 196.

§ 29. 3. **Resultat und Konsequenzen** 197

1. Auch auf den gutgläubigen Erwerber erstreckt sich die Rechtskraft, aber dies schadet ihm nur, wenn er unentgeltlich erwarb S. 198/9. — 2. R. aus Urteilen, die gegenüber dem wahren Berechtigten ergangen sind S. 200/2.

V. Abschnitt.

Die einzelnen Fälle der Gesammtnachfolge.

§ 30. 1. **Gesammtnachfolge infolge Wegfalls des Vermögenssubjekts. Veräusserung eines Erbteils** 203

Erbfall S. 203. Anfall des Vermögens einer juristischen Person S. 203. Aneignung eines derelinquierten Grundstücks S. 203. Ausschlagung einer Erbschaft begründet keine Succession S. 205. Ein- und Austritt von Gesellschaftern S. 207/8. Veräusserung eines Erbteils S. 208 f.

§ 31. 2. **Die eheliche Gütergemeinschaft** 210

1. Ihr Eintritt S. 210. 2. Fortgesetzte GG. S. 211 f. Besondere Art der Erbfolge S. 211/2. Ihr Grund (= Erbvertrag) S. 213. Ihr Gegenstand. Schuldenhaftung S. 214. Verwaltungsrecht des Überlebenden S. 215. (Vgl. dazu S. 475/6.) Aufhebung der fortges. GG. durch den Überlebenden S. 216. Verzicht der Kinder auf den Anteil S. 217. Vererblichkeit desselben S. 217/8.

3. **Der Nacherbe.**

§ 32. a) **Der Nacherbe als Rechtsnachfolger des Vorerben** 219

Römisches Recht S. 219. Abweichung des modernen Rechts S. 220. Der Nacherbe succediert direkt dem Vorerben S. 221 f. Materiellrechtliche Konsequenzen; § 2140 BGB. S. 224/5.

33. b) **Rechtskraft aus den Prozessen des Vorerben** 226

Bisheriges Recht S. 226. Einschränkung des § 325 I durch § 326 CPO. S. 227 f. Vorerbe kann keine Nachlassverbindlichkeiten erzeugen S. 228. Der Vorerbe als Testamentsvollstrecker S. 229. — Einzelheiten: günstige und ungünstige Urteile S. 230 f.. Urteile aus Prozessen, die gegenüber dem Erblasser begonnen waren S. 234, Übernahme der Prozesse durch den Nacherben

Seite

S. 235 (dazu auch S. 514). Fälle mangelnder Rechtskrafterstreckung S. 236. Unentgeltliche Verfügungen S. 237. Erweiterung der Verfügungsmacht durch den Erblasser S. 238, durch Zustimmung des Nacherben S. 239 (vgl. dazu § 69).

§ 34. 4. **Familienfideikommiss- und Lehensnachfolge** 239
Successio ex pacto et providentia majorum S. 240. Familieneigentum S. 241.

VI. Abschnitt.

Die einzelnen Arten der Singularsuccession.

§ 35. 1. **Die Rechtsübertragung im engeren Sinne (translative Succession)** 242
Subjektiv dingliche Rechte und Nebenrechte S. 243. Miete Note 6. Eigentumsanspruch übergehend mit Eigentum S. 244. Vergemeinschaftung S. 245. Kumulative Succession S. 246.

§ 36. **Fortsetzung (Rechtsnachfolge in den Besitz)** 246
Universal- und Singularsuccession S. 246. Unabhängigkeit von dem Zweck der Übergabe S. 247f. Auch der Besitzmittler ist Rechtsnachfolger S. 250f. Eigentumsansprüche gegen den mittelbaren Besitzer S. 252.

§ 37. 2. **Die konstitutive Succession** 253
Vormerkung S. 253f. Dingliches Sicherungsrecht S. 254. Inhalt der Verpflichtung des Erwerbers. Rechtskrafterstreckung 1. aus Urteilen gegen den Schuldner über das belastete Recht S. 256, über den gesicherten Anspruch S. 257, 2. aus Urteilen gegen den ersten Erwerber S. 258. — Dingliches Vorkaufsrecht S. 255, 259.

3. **Restitutive Succession.**

§ 38. a) **Begriff und Anwendungsfälle** 259
Erfüllungsgeschäfte S. 260. Der von Wach, Laband und Fischer begutachtete Rechtsfall S. 261/2.

§ 39. b) **Rechtskraft bei restitutiver Succession** 262
Nicht vor dem Eintritt der Rechtsnachfolge S. 263. Prätendentenstreitigkeiten S. 264f. Urteil über die Rechtszuständigkeit hat keine civilrechtliche Wirkung S. 265, sein Verhältnis zu der rechtsgeschäftlichen Erklärung des § 412 (410) BGB. S. 266. Urteil über die erfolgreiche Anfechtung einer Rechtsübertragung S. 269f.

§ 40. 4. **Rechtsaufgabe und Ableitung eines neuen Rechts auf Grund derselben** 271
Freilassung eines Sklaven S. 271. Okkupation von derelinquierten Sachen S. 272. Rechtskrafterstreckung S. 273. Aufgabe des Grundeigentums macht das Grundstück nicht eigentumslos, sondern nur eigentümerlos S. 274. Vertreter nach § 1913 BGB. und § 58 CPO. S. 275. Konsequenzen für den Prozess S. 275/6. — Ersitzung S. 277. Fruchterwerb S. 279.

Seite

5. **Rechtsnachfolge infolge Rechtsverleihung.**

§ 41. a) **Verträge auf Leistung an Dritte, insbesondere die civilen Orderpapiere** 279

Begriff der Rechtsverleihung S. 279. Das alteri stipulari ist eine Verfügung über das Recht auf die Leistung S. 280. Unterschied von der Cession S. 281. Das Recht des Dritten ist nicht das Recht des Stipulanten S. 282, dieser bleibt Berechtigter S. 283. Civile Orderklausel S. 283/4. (Rechtskraft bei bloss ermächtigenden Verträgen Note 17.) Rechtskraft aus den Prozessen des Vormanns. Zeitliche Voraussetzung des abgeleiteten Erwerbs S. 285. Erstreckung der R. S. 287. Wirkung der Prozessführung des Nachmanns auf den Vormann S. 288/9.

b) **Rechtsnachfolge bei Begebung und Einlösungen von indossablen Papieren.**

§ 42. α) **Rechtskraft gegenüber Indossataren** 289

Cession des Orderpapiers S. 289. Indossament als Rechtsverleihung S. 290. Rechtskraft für den Indossatar S. 292, gegen ihn S. 293f. Sie schadet ihm nicht, wenn sein Recht von dem Recht des Indossanten unabhängig ist S. 293. Untersuchung dieser Frage S. 294. Verneinung, wenn der Indossatar unentgeltlicher Erwerber (Inkassomandatar) ist S. 295, wenn er in Kenntnis der Einwendung oder der Rechtshängigkeit erworben hat S. 297. — Streit zweier Rechtsprätendenten S. 297/8.

§ 43. β) **Rechtskraft aus der Person des Indossatars** 298

Bedeutung des Rückerwerbs (Einlösung) S. 298. Rechtskraft für den Einlösenden S. 299, gegen ihn S. 300. Ausnahmen hiervon (Kenntnis, Inkassomandat) S. 300/1. — Kritik der Auffassung des Reichsgerichts S. 302/3.

§ 44. c) **Rechtskraft bei Forderungen aus Inhaberpapieren** . . . 304

Ausstellung und Begebung S. 304/5. Ausdehnung der Rechtskraft S. 306f. Wirkung der Kraftloserklärung S. 307.

VII. Abschnitt.

Die Rechtsnachfolge in Verbindlichkeiten.

I. **Infolge einer Vermögensübernahme.**

§ 45. a) **Materiellrechtliche Grundlegung** 309

Die Schulden als Last des Vermögens S. 309f. (Vermögenswertigkeit der Obligation ex contractu Note 9). 1. Schuldsuccession der Gesammtnachfolger S. 310/3. 2. Übernahme eines ganzen Vermögens S. 313 (Unterschied der Schuldsuccession von der Verbürgung S. 314), eines Sondervermögens S. 315. Schuldsuccession des Niessbrauchers und Ehemanns S. 315f. (Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung S. 316.)

§ 46. b) **Die Rechtskraft gegenüber den Rechtsnachfolgern in Verbindlichkeiten** 317

Auszuscheidende Fälle 1. Verbürgung in eventum litis S. 317.



Seite

2. Erfüllungsübernahme S. 318. 3. Verträge auf Leistung an den Drittgläubiger S. 319. — Der Schuldsuccessor ist Rechtsnachfolger S. 319f. Kritik der verneinenden Ansicht S. 320/2. Besondere Vorschriften des Vollstreckungsrechts S. 323f. Vollstreckbarkeit in den nicht besonders geregelten Fällen Note 34.

II. Der Eintritt in Verpflichtungen, die auf einzelnen Vermögensstücken ruhen.

§ 47. 1. **Verpflichtungen, die den Eigentümer als solchen treffen** . . 328
Einzelne Fälle S. 328/9. Streitbefangenheit S. 331/2. (S. auch S. 338.) Ius ad rem Note 17.

2. **Verpflichtungen gegen den Besitzer als solchen.**

§ 48. a) **Im allgemeinen** 332
Rechtsnachfolge in den Besitz als Grund der Nachfolge in die Verbindlichkeit S. 333. Vindikation und Klage aus persönlichen Ansprüchen S. 334/6. Besitzmittler sind Rechtsnachfolger S. 337. — Begriff der Streitbefangenheit S. 338.

§ 49. b) **Die dinglichen Ansprüche gegen den Besitzer als solchen** 339
Die einzelnen Fälle S. 339f. Anspruch auf Unterlassung S. 340. Erlöschen der dinglichen Ansprüche mit der Besitzübertragung S. 341.

c) **Die Besitzansprüche.**

§ 50. α) **Im allgemeinen** 342
Der Anspruch aus § 867 BGB. S. 342/3. Ansprüche aus § 861 und § 1007 BGB. S. 343f. Keine R. für das Petitorium S. 344/5. Gesetzeskonkurrenz, keine Mehrheit der Ansprüche S. 346. Konsequenzen S. 347/8.

§ 51. β) **Wirkung des im Besitzprozess ergangenen Urteils gegen den Erwerber** 349
1. Klage wegen Abhandenkommens (§ 1007 II) erzeugt Streitbefangenheit S. 349. Gründe für die Unschädlichkeit des Urteils S. 350. 2. Unfreiwilliger Besitzverlust ohne Abhandenkommen (§ 1007 I) S. 351. Unentgeltlichkeit des Erwerbs S. 351/2. Klage gegen den Besitzmittler S. 352/4.

§ 52. γ) **Fortsetzung (Wirkung des im Besitzprozess ergangenen Urteils gegen den Erwerber). BGB. § 861** 354
Gesammt- und Singularnachfolger in den spoliierten Grundstücksbesitz succedieren in die Herausgabepflicht S. 354/5. Haftung des Besitzmittlers S. 356. — Rechtskraft gegen den Nachfolger S. 357. Folgen der Gesetzeskonkurrenz von §§ 861 und 1007 S. 358f. — Besitzstörung S. 360/1.

§ 53. 3. **Die Rechtskrafterstreckung aus dem Prozess über den sogen. Erbschaftsanspruch** 361
1. Herrschende Ansicht S. 361. 2. Nach der Natur der geltend gemachten Ansprüche tritt bald Streitbefangenheit ein, bald nicht S. 362f.

§ 54. 4. **Rechtskrafterstreckung aus Anfechtungsprozessen** 364
1. Urteil über das Anfechtungsrecht S. 365. 2. Urteil über die Anfechtung S. 366f. Voraussetzungen der Rechtskrafterstreckung

Seite

S. 367/8. 3. Gläubigeranfechtung S. 369f. 4. Konsequenzen der Auffassung, dass das Anfechtungsrecht nur obligatorisch wirkt S. 370/1. 5. Anfechtungsgesetz § 13 S. 371/6.

IV. Kapitel.

Prozessführung des Nichtberechtigten mit Wirkung gegen den Berechtigten.

§ 55. I. **Ohne Rücksicht auf den guten Glauben des Gegners** 377

1. Fälle des Urheberrechts S. 377f. Materiellrechtlich S. 378. Prozessführung des nicht mehr berechtigten Veräusserers S. 378f. Übernahme des Prozesses S. 379. 2. Die hypothekarische Klage S. 380f. Beschränkung der Rechtskraft durch Vorbehalt der Einwendungen S. 382. Eintritt des verus dominus in den Prozess S. 383. 3. Anzeige des Rechtsübergangs. BGB. § 409 S. 384f. Materiellrechtliche Bedeutung S. 385/6. Prozessführung des angezeigten Nichtberechtigten S. 386/7. Anfechtbarkeit der Anzeige S. 387/8. Andere Fälle des angezeigten Rechtsübergangs S. 388. Grundbuch S. 389. BGB. § 576 S. 390.

II. **Wirksamkeit der Prozessführung des Nichtberechtigten auf Grund des guten Glaubens.**

1. **Unkenntnis des eingetretenen Rechtsübergangs.**

§ 56. a) **Die in Betracht kommenden Fälle (§§ 407, 412/3 BGB.)** . 390

1. Forderungsabtretung S. 390. Hypothek S. 391. 2. Verpfändung und Niessbrauchsbestellung S. 391. 3. Pfändung, Fehlen ihrer Kenntnis S. 392. 4. Übergang von Ansprüchen ex lege S. 393. — Übergang anderer Rechte S. 394f. (Nacherbfolge Note 20, Surrogation Note 21.) Grundbuch S. 396. Übergang des Eigentums an beweglichen Sachen S. 396/7. Später entstandene Ansprüche S. 397/8.

§ 57. b) **Die prozessuale Bedeutung des § 407 BGB.** 398

1. Entstehungsgeschichte S. 399. 2. Wirksamkeit des Prozessbeginns S. 400f. Unzulässigkeit der Klage des Erwerbers S. 401. Übernahme des Prozesses durch den Nachfolger S. 402. 3. Wirkung des Urteils gegen den Cessionar S. 404, für ihn S. 404. 4. Aufrechnung S. 405. 5. BGB. § 408 S. 406. 6. Zeitliche Geltung des § 407 II BGB. S. 407.

§ 58. 2. **Wirksamkeit der Prozessführung trotz Einschränkung oder Verlusts der Verfügungsmacht** 407

1. Unkenntnis des Veräusserungsverbots (Klage auf Verurteilung) S. 408, einer bedingt getroffenen Verfügung S. 408/9, einer Verpfändung S. 409, der Entziehung der Verwaltung (Gesellschaft S. 409, Ehefrau S. 410, Vorerbschaft S. 411, Konkurs S. 412). — 2. Unkenntnis des Wegfalls des Verwaltungsrechts des Testamentsvollstreckers S. 413, des Ehemanns S. 413/4, der Ehefrau im Falle des § 1405 BGB. S. 414

Seite

3. **Sonstige Fälle, in denen die Prozessführung des Nichtberechtigten auf Grund des guten Glaubens des Gegners gegen den Berechtigten wirksam ist.**

§ 59. a) **Auf Grund des guten Glaubens an die Berechtigung des Besitzers** 414
Die Vorschriften der §§ 1058, 1248 BGB. beziehen sich auch auf die Prozessführung. Entstehungsgeschichte der cit. Paragraphen S. 416. Voraussetzungen der Ausdehnung der R. S. 417f. R. ohne Vorbehalt von Einwendungen S. 420. Wirkung des Prozessbeginns S. 421. Niessbrauch und Pfandrecht an Rechten S. 421/2. Sonstige Forderungen, die dem Eigentümer zustehen (§ 851 BGB.) S. 422/4.

§ 60. b) **Der gute Glaube an die Sachlegitimation des im Grundbuch eingetragenen Nichtberechtigten. Handelsregister** 424
Verfügungsmacht des im Grundbuch Eingetragenen S. 424. Bedeutung des § 1058 BGB. in Beziehung auf Grundstücke S. 425. BGB. § 1148 S. 427. Verallgemeinerung des in § 1058 enthaltenen Prinzips S. 427. Grundstücksvermietung durch den Nichteigentümer S. 428. Prozesse von fälschlich eingetragenen Inhabern von jura in re aliena S. 429. Prozesse über das Eigentum stehen nicht unter dem Schutz S. 430. Rechtsnachfolger S. 430. — Falsche Einträge im Handelsregister S. 431.

§ 61. c) **Die Bedeutung des Güterrechtsregisters für die Prozessführung (BGB. §§ 1431, 1435)** 432
Bedeutung des Registers S. 432. Bedeutung der §§ 1431, 1435 für Rechtsgeschäfte S. 433/7, für die Prozessführung S. 438f. Wirkung des Urteils inter partes S. 438/9. Voraussetzung seiner Wirkung gegenüber dem anderen Ehegatten 1. bezüglich des Urteilsinhalts S. 439f., 2. bezüglich des guten Glaubens S. 441f. Schon der Prozessbeginn ist wirksam S. 442. Übernahme des Prozesses S. 443. Klage aus Rechtsgeschäften S. 444. — Keine Einwendungen gegen das Urteil S. 445. Bedeutung der Rechtskrafterstreckung S. 447, insbes. bezüglich der Verurteilungen S. 448. Nur zu Gunsten des Gegners S. 448f. — Erstreckung der Rechtskraft, aber nicht der Vollstreckbarkeit S. 450.

§ 62. d) **Wirksamkeit der Prozessführung bei Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit der Ehe (§ 1344)** 451
Begriff der Ehenichtigkeit S. 451. Wirkung der Rechtshandlungen, solange die aufhebbare Ehe besteht S. 453, nach der Aufhebung S. 454f. Ehelichkeitsanfechtung S. 457.

e) **Prozessführung auf Grund falschen Erbscheins und irriger Todeserklärung.**

§ 63. α) **Die Bedeutung des Erbscheins im allgemeinen** 458
Der gute Glaube an die Erbberechtigung; Anfechtbarkeit S. 458/9. Wirkung des guten Glaubens S. 460. Verhältnis zu anderen Vorschriften S. 461. — Rechtskrafterstreckung aus allgemeinen Gründen S. 463/4.

§ 64. β) **Die Wirkung der Prozessführung des legitimierten Scheinerben** 464

Seite

Gründe für die Annahme der Wirksamkeit S. 464/7. Nur über Erbschaftsrechte S. 468. Prozessbeginn S. 469. Nur zu Gunsten des Gegners S. 469, 470. Falsches Zeugnis bezüglich der Anordnung der Nacherbfolge S. 471, bezüglich des Vorhandenseins eines Testamentsvollstreckers S. 472.

§ 65. γ) **Der Glaube an eine falsche Todeserklärung, an ein falsches Testamentsvollstreckerzeugnis und an ein falsches Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft** 473

Todeserklärung S. 473, Testamentsvollstrecker S. 474, Gütergemeinschaft (Verwaltungsrecht S. 475, Nachfolge der Kinder S. 476).

§ 66. 4. **Rückblick auf die bisher erörterten Fälle der wirksamen Prozessführung des Nichtberechtigten. § 325 II CPO.** . . 476

Fälle, in denen guter Glaube nicht gefordert ist S. 476/7, in denen er nötig ist S. 478/9. Prinzip der letzteren Fälle S. 479, 480. Dieses ist in § 325 II CPO. ausgesprochen S. 480f. — Wirkung gegen den Berechtigten, nicht für ihn S. 486f.

5. **Die Zustimmung als Grund für die Ausdehnung der Wirkung der Prozessführung des Nichtberechtigten.**

§ 67. a) **Das gemeine Recht (l. 63 D. 42, 1)** 488

Der Thatbestand der l. 63 D. 42, 1 S. 489f. Creditor und debitor S. 492/5. Der Inhalt der Stelle S. 496. Der Rechtssatz der l. 63, Art der Zustimmung, Widerruflichkeit S. 500/3. Das aus l. 63 folgende allgemeine Prinzip S. 503. Beispiele S. 504f. Prozessführung über ein erst später erworbenes Recht Note 69. — Gemeinrechtliche Geltung der l. 63 S. 507.

§ 68. b) **Wirksamkeit der Zustimmung zur Prozessführung des Nichtberechtigten nach Reichsrecht** 507

Gründe für die Bejahung S. 507/8. Verhältnis zu anderen Vorschriften über die Prozessführung des Nichtberechtigten S. 509, 510.

§ 69. III. **Zustimmung zur Prozessführung des Berechtigten oder des Inhabers eines Verwaltungsrechts** 511

Fälle: a) Dem Berechtigten ist das Verwaltungsrecht entzogen S. 511. b) Vorerbe und Passivprozesse der Ehefrau S. 512. c) Ehemann (§ 1380 BGB.). — Bedeutung S. 515. — Zustimmung zur Einziehung einer Leistung S. 517.

§ 70. **Nachtrag zu §§ 4 und 8 (Wirkung der Prozesse der Gemeinde auf die Gemeindemitglieder)** 518

Druckfehler.

S. 14 Z. 11 v. o. lies „und nicht zu den", statt „und zu den".
S. 29 Z. 8 v. o. lies § 727 statt § 729.
S. 51 Z. 1 und 2 v. o. lies „zuzuschieben" statt „zu überlassen".
S. 83 Z. 2 v. o. lies § 853 statt § 850.
S. 110 Z. 12 v. o. lies § 161 I statt § 161 II.
S. 187 N. 13 lies § 1344 statt § 1244.

Kapitel I.

Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraftwirkung im allgemeinen.

---

§ 1.

Konstitutive und Feststellungs-Urteile.

Die gerichtsbarkeitlichen Akte, durch welche die Organe der Staatsgewalt die Aufgabe des Civilprozesses (die Gewährung des Privatrechtsschutzes) erfüllen, sind entweder Feststellungs- oder Rechtsgestaltungsakte. Jene enthalten einen Ausspruch darüber, ob das Rechtsverhältnis welches den Gegenstand der Aburteilung bildet, besteht oder nicht besteht. Sie sind lediglich eine unter der vollen staatlichen Autorität erfolgende Deklaration über den Rechtszustand, wie er zur Zeit derjenigen letzten mündlichen Verhandlung bestand, in der thatsächliches Vorbringen statthaft war. Jene Rechtsgestaltungsakte aber wollen den vorhandenen civilrechtlichen oder prozessualen Rechtszustand verändern, sie wollen neue Rechtswirkungen erzeugen, indem sie rechtliche Verhältnisse in das Leben rufen oder bestehende inhaltlich verändern oder ganz aufheben.

Solche Rechtsgestaltungsakte sind einmal alle die Vollstreckungsmassregeln, die nach der im 8. Buch der CPO. enthaltenen Normierung teils von den Gerichten, teils von dem Gerichtsvollzieher vorzunehmen sind,[1]) sodann aber auch eine grosse Zahl von Urteilen und Be-

1) Rechnet man, mit der richtigen Ansicht, das Konkursverfahren zu dem Vollstreckungsverfahren, so gehört hierher auch der Konkurseröffnungsbeschluss. Er be-



schlüssen, deren Erlass in dem eigentlichen Rechtssprechungsverfahren stattfindet.

Diese Entscheidungen, welche eine Rechtswirkung setzen oder eine früher gesetzte wieder aufheben, lassen sich in zwei Klassen sondern.

Die eine umfasst diejenigen Entscheidungen, welche die Abänderung einer den Antragsteller beschwerenden Prozessmassnahme enthalten. Der gewöhnliche Weg, auf dem diese Abänderung herbeigeführt wird, ist die Einlegung eines Rechtsmittels. Es gibt jedoch auch zahlreiche Fälle, in denen das Prozessgesetz vorschreibt, dass der Widerspruch gegen die anzufechtende Entscheidung in der Form der Klage geltend zu machen ist.[2]) Das Gemeinsame in allen diesen Fällen ist, dass die aufgehobene oder nur abgeänderte Entscheidung so lange wirksam bleibt, bis der abändernde Beschluss oder das neue Urteil rechtskräftig geworden ist.[3])

Die andere Klasse der rechtsgestaltenden Entscheidungen umfasst diejenigen Urteile,[4]) welche ein civiles Recht auf Änderung des Privatrechtszustandes derart realisieren, dass das Urteil die dem Kläger gebührende Rechtsänderung direkt ausspricht und vermöge der dem Richterspruch beigelegten Kraft mit dem Augenblick der Rechtskraft herbeiführt.

Der unmittelbare Inhalt des konstitutiven Urteils ist — um in Beziehung auf ein zweifelloses Beispiel zu reden — der Ausspruch, dass das Gericht die Ehe scheidet. „Hierin liegt eine Entfaltung der staatlichen Befehlsgewalt, eine Art der Zwangsvollstreckung, der man diesen Charakter nicht deshalb abstreiten kann, weil von ihr nicht in den

---

gründet Rechtswirkungen, deren Eintritt von der Rechtmässigkeit seines Erlasses unabhängig ist und solange dauert, bis der Beschluss durch die rechtskräftige (KO. § 74) Entscheidung des Beschwerdegerichts aufgehoben ist. — Dieselbe Natur hat der die Nachlassverwaltung anordnende Beschluss, obwohl er in den Formen der freiwilligen Gerichtsbarkeit erlassen wird. Über ihre Abgrenzung gegenüber der streitigen Gerichtsbarkeit vgl. Hellwig, Anspruch u. Klagr. S. 483f., besonders über das Entmündigungsverfahren S. 485 Note 101.

2) Über die vielbesprochene und bestrittene Natur dieser „Rechtsmittelklagen" („Widerspruchsklagen") und die hierher gehörigen Fälle vgl. ausführlicher Anspr. u. Klagr. § 59. Dort (S. 486) ist auch bereits darauf hingewiesen, dass dem judicium rescindens sogleich das judicium rescissorium folgen kann und dass man diese beiden Elemente des Verfahrens scharf von einander unterscheiden muss.

3) In § 74 KO. enthält Satz 1 die Anwendung der Regel, Satz 2 die Ausnahme. Ebenso ist singulär § 717 Abs. 1 CPO. Vgl. im allgemeinen Anspr. u. Klagr. S. 487.

4) Die Entscheidung ist in den in Betracht kommenden Fällen durch „Klage" nachzusuchen und demgemäss ausnahmslos in der Form des Urteils zu fällen.



Prozessgesetzen, sondern in der Regelung derjenigen materiellen Rechtsverhältnisse die Rede ist, in Beziehung auf welche dem richterlichen Urteile eine rechtsnormierende Bedeutung, die Kraft des jus facere beigelegt wird." [5])

Die Rechtsänderung, welche das konstitutive Urteil vollzieht, hat geradeso notwendig Wirkung gegenüber jedermann, wie jeder andere rechtsgestaltende Staatsakt und wie das auf eine Rechtsänderung gerichtete Privatrechtsgeschäft. In zahlreichen Fällen der hierher gehörigen Art — man denke z. B. an die Aufhebung oder Wiederherstellung des ehelichen Güterstandes,[6]) an die Beendigung der handelsgesellschaftlichen Vertretungsmacht und an die Auflösung der Gesellschaft,[7]) an die Zurücknahme eines Patents — steht den beteiligten Privaten eine solche Verfügungsmacht zu, während sie ihnen in anderen Fällen genommen und das Urteil für erforderlich erklärt ist.[8]) — Hiermit hängt auch der nirgends generell ausgesprochene aber deshalb um nichts weniger sichere Rechtssatz zusammen, dass das Urteil die rechtsändernde Wirkung nur dann hat, wenn der Prozess zwischen den „zur Sache legitimierten" Personen [9]) geführt ist.

Bildet diese Rechtsgestaltung den unmittelbaren und charakteristischen Inhalt des konstitutiven Urteils, so erschöpft sich hierin doch seine Bedeutung nicht. Denn indem das Gericht auf Grund der Klage, welche das Recht auf Rechtsänderung geltend macht, die staatliche Be-

5) Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 475f., wo auf die Konsequenzen hingewiesen ist, die sich aus dieser Natur der konstitutiven Urteile bezüglich der Voraussetzungen ihres Erlasses ergeben.

6) BGB. §§ 1418, 1468/9.

7) HGB. §§ 117, 127, 133, 140.

8) Zu dem Thatbestand, von welchem das bürgerliche Recht den Eintritt der Rechtsänderung abhängig macht, gehört z. B. das Urteil bei der Ehescheidung, bei der Ehenichtigkeitserklärung, bei der Ehelichkeitsanfechtung, bei der Rückgängigmachung des Erbschaftserwerbs wegen Erbunwürdigkeit. Über die einzelnen Fälle vgl. näher Anspr. u. Klagr. § 58. Vielfach fasst man Urteile, die konstitutiven Charakter haben, als Feststellungsurteile auf und kann dann die Wirkung, welche sie gegen jedermann haben, nicht rechtfertigen, wenn man sie anerkennt. Schlimmer ist es, wenn man sie von jenem Standpunkte aus leugnet.

9) Wer diese sind, lässt sich nur für die einzelnen Fälle beantworten. Regelmässig sind es die Subjekte des zu ändernden Rechtsverhältnisses, und zwar so, dass der richtige Kläger ist, wer dasjenige Interesse an der Änderung des Rechtszustandes besitzt, von welchem die Rechtsordnung die Entstehung des Rechts auf Rechtsänderung abhängig macht. Aber durchgreifend ist die Regel nicht. Man denke nur an den Staatsanwalt und an den Dritten bei der Ehenichtigkeitsklage (CPO. § 632).

fehlgewalt gebraucht, um die Rechtsänderung auszusprechen, liegt darin implicite die Bejahung der Existenz des Rechts auf Rechtsänderung, wie umgekehrt die Abweisung der Klage die Verneinung jenes den Prozessgegenstand bildenden Rechts bedeutet und sein Nichtbestehen rechtskräftig feststellt.[10]) Sobald das konstitutive Urteil rechtskräftig wird, tritt die Rechtsänderung ein. Mit diesem Augenblick ist das Recht auf Rechtsänderung realisiert. Es kann ebensowenig fortbestehen, wie das Forderungsrecht die Bewirkung der Leistung oder ihre zwangsweise Beitreibung überdauern kann.

Demnach kann das rechtskräftige Rechtsgestaltungsurteil niemals dazu benutzt werden, um die Behauptung des (jetzigen) Bestehens des Rechts auf Rechtsänderung (z. B. des Rechts auf Ehescheidung) zu begründen. Vielmehr hat dieser feststellende Inhalt des konstitutiven Urteils dann nur die Bedeutung, festzustellen, dass das Recht des Klägers bestanden hat, dass also die Rechtsänderung rechtmässig herbeigeführt worden ist.[11])

Für diesen feststellenden Inhalt des konstitutiven Urteils gilt die Regel,[12]) dass die Rechtskraft nur inter partes wirkt. Ein Dritter, welcher die rechtsgestaltende Wirkung des Urteils anerkennen muss, wird also hierdurch nicht gehindert, geltend zu machen, dass die Rechtsänderung unrechtmässig herbeigeführt worden ist.[13])

Handelt es sich um reine Feststellungsurteile, so entspricht die Rechtskraftswirkung des der Klage stattgebenden Urteils völlig der-

---

10) Für die Frage nach dem objektiven Umfang der Rechtskraft ist von grosser Bedeutung, von welchen Momenten die Individualisierung des den Gegenstand der Aburteilung bildenden Rechts abhängt. Vgl. hierüber näher Anspr. u. Klagr. S. 474/5 u. § 59. Nur darauf darf hier noch hingewiesen werden, dass das zu ändernde Rechtsverhältnis nicht Prozessgegenstand ist. Wird z. B. die Ehe geschieden, so ist nicht rechtskräftig festgestellt, dass sie bis zur Scheidung bestanden hat. Wird der Beklagte für erbunwürdig erklärt, so wird dadurch der Erbanfall, wenn er geschehen ist, rescindiert. Dass er geschehen sei, nimmt das Gericht an, aber es wird nicht rechtskräftig festgestellt. Ebenso stellt das Urteil im Falle des § 1418 BGB. nicht fest, dass der gesetzliche Güterstand bis dahin gültig bestanden hat.

11) Über die Bedeutung, welche in diesem Zusammenhang bei der Ehescheidung der Ausspruch, dass der Beklagte die Schuld an der Scheidung trägt, besitzt, vgl. Anspr. u. Klagr. S. 479 N. 83.

12) Sie erleidet Ausnahmen, vgl. CPO. §§ 629, 643.

13) Man denke etwa an das Beispiel, dass der Lizenzträger, welcher vor Beginn des Prozesses die Lizenz erhielt, deshalb Schadensersatzansprüche geltend machen will, weil das Patent mit Unrecht für nichtig oder für zurückgenommen erklärt wurde.



jenigen, welche das die Klage als unbegründet abweisende Urteil hat. Letzteres verneint das Bestehen des streitigen Rechtsverhältnisses, ersteres bejaht es, und beiderlei Urteile wirken (regelmässig) nur inter partes. Bei Klagen auf Erlass konstitutiver Urteile aber besteht der vorher erörterte Unterschied zwischen der Rechtskraftwirkung des abweisenden und des der Klage stattgebenden Urteils.

Dieselbe Diskrepanz findet sich bei den Urteilen, welche auf die Klage auf Verurteilung zu einer Leistung ergehen.[14])

Die Klageabweisung enthält die Verneinung des Bestehens der behaupteten Verbindlichkeit, die Verurteilung aber den Befehl an den Schuldner, die Leistung zu bewirken.[15]) Wie das konstitutive Urteil implicite das Recht auf Rechtsänderung bejaht, so enthält die Verurteilung die Feststellung der Leistungspflicht. Während aber jener feststellende Inhalt des konstitutiven Urteils niemals dazu benutzt werden kann, um später die Behauptung des jetzigen Bestehens des Rechts auf Rechtsänderung zu begründen, macht es die rechtskräftige Verurteilung unbestreitbar, dass die Verpflichtung des Beklagten zu der Leistung nicht nur zur Zeit der massgebenden letzten Thatsachenverhandlung existiert hat, sondern auch, dass sie so lange fortbesteht, bis ein Grund für das Erlöschen der festgestellten Verbindlichkeit eingetreten ist.[16])

---

14) Bei den folgenden Erörterungen wird von der in Anspr. u. Klagr. verteidigten Auffassung ausgegangen, dass das Urteil, welches eine Leistungspflicht feststellt, deshalb noch keinen — zur Zwangsvollstreckung geeigneten — Leistungsbefehl darstellt. Vgl. zu dem a. a. O. § 16 und §§ 52/3 angeführten Material noch BGB. § 1991 IV u. § 775 Nr. 4. Gegenüber den zahlreichen dort citierten Vorschriften der Reichsgesetze, die den Unterschied zwischen den Feststellungsurteilen (bezüglich der Verbindlichkeiten) und den Verurteilungen zum klaren Ausdruck bringen, kann der Fassung des § 729 CPO. keine entscheidende Bedeutung beigelegt werden.

15) Auf die gebrauchten Worte kommt es natürlich nicht an. Es ist gleichbedeutend, ob gesagt wird: Der Beklagte wird zur Zahlung von 1000 Mark verurteilt, oder: er hat 1000 Mark zu zahlen, oder: er ist schuldig, 1000 Mark zu zahlen.

16) Die Urteile, welche der § 894 CPO. im Auge hat, sind wahrhafte Verurteilungen zu einer Leistung (Eigentumsübertragung, Abtretung einer Forderung, Bestellung eines Pfandrechts u. s. w.). Sie sprechen nicht den Eintritt der dem Kläger von dem Beklagten geschuldeten Rechtswirkung aus und sind deshalb keine konstitutiven Urteile. Sie verurteilen zu einer Leistung, erübrigen aber insoweit, als zu dieser die Abgabe einer Willenserklärung gehört, deren Erzwingung, weil das Prozessrecht der Verurteilung die gleiche Wirkung beilegt, wie der Abgabe der Willenserklärung. Wie diese Vollstreckungswirkung zu der Verurteilung hinzutritt, zeigt sich besonders deutlich in allen den Fällen, in denen die Willenserklärung erst dann als abgegeben gilt, nachdem — nach Eintritt der Rechtskraft — noch eine Vollstreckungshandlung (die Er-



Für die Fragen der sog. materiellen Rechtskraft kommt allein dieser Feststellungsinhalt der Verurteilung in Betracht und er wirkt ebenso wie das reine Feststellungsurteil regelmässig nur inter partes.

Aber hierin erschöpft sich die Bedeutung der Verurteilung keineswegs. Vielmehr steht im Vordergrunde die Wirkung, die das Prozessrecht dem Leistungsbefehl beilegt, der den unmittelbaren Inhalt der Verurteilung bildet. Dieser Leistungsbefehl erzeugt ganz unabhängig davon, ob das von dem Gerichte als bestehend angenommene, gegen den Schuldner gerichtete Privatrecht (auf Bewirkung der Leistung) existiert, den Vollstreckungsanspruch. Dieser ist das publizistische, gegen die staatlichen Organe gerichtete Recht auf Erteilung der zur Exekution erforderlichen Vollstreckungsklausel und das Recht, auf Grund der vollstreckbaren Ausfertigung die Ausführung der Zwangsvollstreckung seitens der dazu berufenen Behörden zu fordern. Dieses Recht dient der Realisierung des vorausgesetzten Privatrechts, ist aber keineswegs mit ihm identisch und ebensowenig etwa als die „publizistische Seite" des Privatrechts zu betrachten. Es ist ein selbständiges Recht ganz anderer Art, als das Privatrecht. Es ist mit dessen Existenz weder bereits vorhanden, noch durch das Vorhandensein des Privatrechts bedingt. Sein Inhalt und derjenige, gegen den es gerichtet ist, sind durchaus anders, als bei dem privatrechtlichen Anspruch. Das Vollstreckungsrecht wird erst durch das Urteil oder die sonst als „Vollstreckungstitel" von dem Prozessrecht anerkannten Titel erzeugt. Seine Existenz ist auch weder notwendig von dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils abhängig, noch stets mit dieser gegeben. So haben z. B. das vorläufig vollstreckbar erklärte noch nicht rechtskräftige Urteil und die unter Vorbehalt ergangene rechtskräftige Verurteilung zweifellos jene Vollstreckungs-, aber keine Feststellungswirkung. Umgekehrt ist die letztere vorhanden, wenn rechtskräftig auf zukünftige Leistung verurteilt ist, während die Vollstreckbarkeit erst mit dem Termin oder der Erfüllung der Bedingung eintritt. Das ausländische Urteil wirkt unter den Voraussetzungen des § 328 CPO. Rechtskraft, aber niemals Vollstreckbarkeit, während es sich bei der vollstreckbaren Urkunde des § 794 Nr. 5 CPO. gerade wieder umgekehrt verhält.

---

teilung der vollstreckbaren Ausfertigung) stattgefunden hat. Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 455 f., 477/8 u. dazu neuestens Kipp bei Windscheid I § 132 N. 13.



Hieraus ergibt sich das Resultat: die Verurteilung ist insofern ein Rechtsgestaltungsakt, als sie das Recht zur Zwangsvollstreckung erzeugt.

Hierauf beruht es, dass dieses Recht von jedermann anzuerkennen ist[17]) und dass die Wirksamkeit eines Vollstreckungsakts unabhängig davon ist, ob das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil das Bestehen der Verbindlichkeit mit Recht oder mit Unrecht angenommen hat. Anderseits aber kann deshalb der Gebrauch des Vollstreckungsrechts privatrechtlich als Missbrauch erscheinen und zu Schadensersatz verpflichten, obwohl jener Gebrauch publizistisch nicht zu beanstanden ist.

§ 2.

Die prozessrechtliche Natur der Rechtskraftwirkung.

Für die Frage nach den subjektiven Grenzen der Rechtskraftwirkung der Feststellungsurteile ist von fundamentaler Bedeutung die Vorfrage nach Inhalt und Wesen dieser Wirkung.

Die ganz allgemeine und fast unbestrittene bisherige Lehre unterschied zwischen der formellen und materiellen Rechtskraft und betrachtete die letztere — die Wirkung des mit ordentlichen Mitteln nicht mehr anfechtbaren Urteils — als dem bürgerlichen Rechte angehörig. So lag denn die wissenschaftliche Behandlung der materiellen Rechtskraft bis in die neueste Zeit fast ausschliesslich in den Händen der Civilisten und auch die modernen Privatrechtskodifikationen regelten, von jener Auffassung ausgehend, die Materie. Auch die CPO. in ihrer alten Gestalt ist von jener Auffassung ausgegangen, und deshalb waren bisher die sog. „materiellen“ Rechtskraftsfragen ebenso wie die Frage nach den Voraussetzungen, unter denen ein Anspruch (auf Leistung) durch Klage verfolgt werden kann, prinzipiell nach dem ausserhalb der CPO. geltenden, dem sog. bürgerlichen Rechte zu beantworten.[18]).

So war es natürlich, dass man auch den Inhalt der sog. materiellen Rechtskraft als eine materiellrechtliche Wirkung betrachtete. Indem man meistens nur den gewöhnlichsten Fall, die Klage auf Verurteilung zu

---

17) So z. B. im Verteilungsverfahren von dem konkurrierenden Gläubiger im Verhältnis zu demjenigen, der auf grund einer Verurteilung ein Pfändungspfandrecht erlangt hat, vgl. Anspr. u. Klagr. S. 504.

18) Ich habe dies in Anspr. u. Klagr. S. 122 f. näher darzulegen versucht.



einer Leistung, in das Auge fasste, lehrte z. B. Savigny (System Band 6 S. 467), dass die obsiegende Partei gegen die unterliegende ein Recht auf Anwendung der das Wesen der Rechtskraft ausmachenden Fiktion der Wahrheit erwerbe und dass „so das aus dem Urteil entspringende Rechtsverhältnis völlig die Natur einer Obligation habe“.[19]) Und in der Windscheidschen Formulierung wird das Wesen der Rechtskraft dahin bestimmt, dass der aberkannte Anspruch erlischt und dass das verurteilende Erkenntnis einen neuen Anspruch begründet.[20])

Auf eine eingehendere Untersuchung der Frage, ob diese Auffassungen für das Recht der Vergangenheit zutreffend sind, muss hier verzichtet werden. Bei der Betrachtung des Reichsrechts ist m. E. von folgenden Gesichtspunkten auszugehen.

Die Rechtskraftslehre ist nunmehr im ganzen in der CPO. geregelt. Das BGB. enthält keinerlei Bestimmung über Inhalt und Umfang der Rechtskraftwirkung. Es statuiert nur einige mit der besonderen Natur bestimmter Rechtsverhältnisse zusammenhängende Ausnahmen von der Regel des § 325 CPO. über die Wirkung des Urteils gegen dritte Personen, Vorschriften, bezüglich derer in der II. Kommission ausdrücklich anerkannt wurde, dass sie in die CPO. gehören, und welche man nur aus äusseren Gründen in dem BGB. beliess.[21])

War nun bisher die Rechtskraftslehre in Ansehung der Frage nach den massgebenden Normen (Reichsrecht oder Landesrecht?) als eine Materie des bürgerlichen Rechts zu behandeln,[22]) so gehört sie nunmehr mindestens in dem Sinne zum Prozessrecht, dass für die Zulässigkeit

---

19) Die Beschränkung der Rechtskraft auf die Parteien ist dann leicht zu rechtfertigen. Savigny fährt in dem oben wiedergegebenen Satz einfach fort: „und das Urteil wirkt daher nicht auf fremde Personen“.

20) Vgl. Windscheid 8. Aufl. I § 129 N. 2 c. cit. Wenn Windscheid später (bei Note 4) sagt, dass das Urteil nicht sowohl einen neuen Anspruch schafft als anerkennt, so steht dies m. E. mit dem im Texte wiedergegebenen und von ihm und vielen Anderen bei passender Gelegenheit benutzten Satz in offenbarem Widerspruch. — Bei der Benutzung der römischen Quellen darf man nicht übersehen, dass jedes Urteil über ein Recht, welches nicht schon auf Geldzahlung ging, dem Kläger eine — vorher nicht geschuldete — Geldsumme zusprechen musste, also in der That erst diese obligatio erzeugte.

21) Vgl. Protokolle I S. 392, IV S. 69.

22) Obwohl sie, wie Wach, Handb. I S. 128 sehr zutreffend ausführt, auch schon nach bisherigem Recht prozessualen Charakter hat. Das Verhältnis ist dasselbe, wie bezüglich des Klagrechts. Vgl. oben bei Note 18.



landesrechtlicher Normen die im EG. zur CPO. aufgestellten sehr engen Grenzen massgebend sind. Deshalb kann das Partikularrecht bezüglich der ausserordentlich grossen Zahl von Materien, die das EG. zum BGB. dem Landesrecht überlassen hat, keine prozessualen Vorschriften geben. Zu diesen zählt, wie schon § 325 I CPO. ergibt, auch die subjektive Beziehung der Rechtskraft. Aber indirekt kann das Landesrecht hier allerdings auch in Zukunft eingreifen. Denn soweit die Ausdehnung der Rechtskraft auf dritte Personen davon abhängt, dass der Dritte zu einer der Prozessparteien in einem gewissen civilrechtlichen Verhältnisse steht, braucht das Landesrecht nur ein solches zu schaffen oder auszuschliessen, um damit die erweiterte oder die beschränkte Wirkung des Urteils platzgreifen zu lassen. Dieses Platzgreifen geschieht aber dann nicht kraft Landescivilrechts, sondern kraft Reichsprozessrechts.[23]) — Auch die Konsequenz ist aus der jetzigen Stellung der Rechtskraftslehre zu ziehen, dass die Vorschriften der Prozessnovelle vom 1. Januar 1900 an die Wirkung jedes jetzt erlassenen Urteils bestimmen. Nur soweit hierbei vorausgesetzt ist, dass sich das abgeurteilte Rechtsverhältnis nach dem BGB. beurteilt, ist die Novelle unanwendbar und gelten auch bezüglich der mit dem materiellen Rechte zusammenhängenden Rechtskraftwirkungen die Grundsätze des bisherigen Rechts,[24]) wie dieses

---

23) Lässt z. B. das Landesrecht die Fideikommissnachfolger nicht als Successoren des Vorgängers gelten, so ist damit die Vorschrift des § 325 I CPO. über die Rechtskraft gegen die Successoren unanwendbar und die Erstreckung der Wirkung der Prozessführung des Inhabers gegen die Fideikommissnachfolger kann das Landesrecht nur dadurch herbeiführen, dass es dem Inhaber ein Verwaltungsrecht gibt, dessen Ausübung auch gegen die späteren Inhaber wirkt. — Ebenso darf das Landesrecht in den seiner Regelung unterstehenden Materien bestimmen, dass einem Vermögenssubjekte die Verwaltung entzogen und einer anderen Person übertragen werden kann. Ist dies geschehen, so sind damit dieselben — in der CPO. allerdings nicht prinzipiell ausgesprochenen — Grundsätze massgebend, wie z. B. für die Prozesse des Testamentsvollstreckers und anderer Verwalter selbständiger Sondervermögen. (Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 257 f.) — Mit dem praktischen Resultat des Textes im wesentlichen übereinstimmend, in der Begründung abweichend Wach, Rechtskr. S. 60/1, Fischer, Jahrb. 40 S. 231. Gaupp-Stein, Bem. III, 3 zu § 322 nimmt „mit Rücksicht auf den erweislichen Irrtum des Gesetzes“ an, dass das Landesrecht auch fernerhin beliebig Normen „über den Umfang der Rechtskraft, namentlich (!) in persönlicher Richtung“ geben kann.

24) Sowohl des bürgerl. Rechts als des Prozessrechts. Die Sache liegt analog wie in dem in Anspr. u. Klagr. S. 134/6 näher besprochenen Falle. Man denke an die Prozesse eines vor 1. Januar 1900 eingetretenen Testamentsvollstreckers, an einen nicht in dem Eherecht des BGB. lebenden Ehemann, an einen curator hereditatis jacentis. (Sehr bezeichnend bayer. Übergangsgesetz Art. 24.) — Bei dieser Gelegenheit darf auf die auffallende Lücke hingewiesen werden, welche die allermeisten Ausgaben der CPO. u.

selbstverständlich auch die Wirkung der vor dem 1. Januar 1900 gefällten Urteile bestimmt.

Aber man muss noch bedeutend weitergehen. Die Rechtskraftslehre ist nicht nur in diesem äusseren Sinn eine prozessrechtliche, sondern sie gehört auch ihrem inneren Wesen nach durchaus dem Prozessrecht an. Die sog. materielle Rechtskraft ist nicht ein materiellrechtlicher Begriff, sondern stellt sich als eine rein prozessuale Rechtswirkung dar und diese Lehre wird ebenso wie die Lehre vom Klagrecht nicht eher zur vollkommenen und klaren Durchbildung gelangen und nicht eher die Fülle der in ihr enthaltenen Einzelfragen mit einer den Bedürfnissen der Praxis genügenden Sicherheit beantworten können, als bis es gelungen ist, den prozessrechtlichen, also öffentlichrechtlichen Charakter[25]) des ganzen Rechtskraftsinstituts ausser allen Zweifel zu stellen.

Bereits für das gemeine Recht hat Wach[26]) sehr zutreffend betont,

---

KO. zeigen. Die aufgehobenen, aber nach Art. VI des EG. zu d. Ges. betr. Änderungen der KO. (der entsprechend auch für die CPO. gilt) ev. noch anwendbaren Vorschriften sind fast überall weggelassen, obwohl sie noch sehr häufig praktisch werden können.

25) Diese Ansicht vertritt mit aller Entschiedenheit auch Gaupp-Stein, Bem. III zu § 322. In der alten Anschauung bewegen sich Petersen-Anger und Struckmann-Koch (zu § 322). Auch Fitting, Lehrb. 9. Aufl. § 71 I lehrt noch: „Die Entscheidung ist nunmehr massgebend an Stelle des ursprünglichen Rechtsverhältnisses, worauf keiner von ihnen zurückgehen darf". Crome behandelt in „System des bürgerlichen Rechts" auch „die materielle Lehre vom Rechtsschutz, die in dieser Weise noch von keinem anderen Schriftsteller des neuen Rechts bearbeitet worden ist" (Vorrede S. V). Es ist aber m. E. ganz richtig, dass die übrigen systematischen Arbeiten über das bürgerliche Recht jene prozessrechtlichen Materien ganz ausser Betracht gelassen oder sich doch mit einem kurzen Hinweis auf die wesentliche Ergänzung begnügt haben, welche das Civilrechtssystem durch das Prozessrecht erhalten muss, damit der Leser eine vollständige Vorstellung gewinne. Wenn Crome der Ansicht ist, dass Voraussetzung und Wirkung des Rechtsschutzes zum materiellen Recht gehört, dass die Verfolgbarkeit im Rechtswege „nichts besonderes ist, sondern ihm von Staats wegen regelmässig ohne weiteres beigelegt wird" (S. 550), dass die sog. materielle Rechtskraft ein „materiellrechtlicher Begriff" sei (S. 571), so sollte dies doch nicht wie eine unbezweifelte und unbezweifelbare Wahrheit vorgetragen sein. Jedenfalls möchte ich nicht unterlassen, zu bemerken, dass die dem Berechtigten wie dem Nichtberechtigten zustehende Befugnis, die Staatshilfe anzurufen, von dem Wachschen Rechtsschutzanspruch und von dem Begriff des Klagrechts, dessen Voraussetzungen und Inhalt ich näher darzulegen versucht habe, himmelweit verschieden ist. Da Crome an der Stelle, in welcher er von jener Klagbefugnis spricht (S. 550) meine Schrift mit dem üblichen „vgl." citiert und das Klagrecht mit völligem Stillschweigen übergeht, so ist die Gefahr eines Missverständnisses sehr naheliegend.

26) Handb. I S. 128. Vgl. aber damit Wach, Rechtskraft S. 15 (die res judicata



dass das die Rechtskraft normierende Gesetz die Bestimmung des Wesens des wichtigsten gerichtsbarkeitlichen Aktes enthält und deshalb nicht Regel über privatrechtliches Verhältnis sein kann. Mit besonderer Energie verteidigt Bülow[27]) den Satz, dass die Rechtskraft kein „Privatrechtsgut" ist und dass die bisher ganz allgemeine Auffassung über ihren privatrechtlichen Inhalt und die aus ihr abgeleitete Einredenatur der Berufung auf die Rechtskraft und die Möglichkeit des Verzichts auf diese Einrede mit dem Wesen des in der Aburteilung enthaltenen Staatsakts durchaus in Widerspruch stehen. Diese Lehre von der absoluten Natur der Rechtskraft war von dem grössten Einfluss bei den Arbeiten der II. Kommission und in der Litteratur wird sie in neuerer Zeit allgemein angenommen. Es gilt jetzt, sie nach allen Richtungen hin konsequent durchzuführen und dazu gehört vor allen Dingen die Betonung, dass die feststellende Wirkung des Urteils lediglich darin besteht, dass es der Partei Rechtsgewissheit verschafft. Die Feststellung, ob der durch die Klage (genauer: den Klagantrag) zur Entscheidung gestellte „Anspruch" begründet oder nicht begründet ist,[28]) wird, sobald die Entscheidung in

hat „die Bedeutung als eines selbständigen Verpflichtungs- oder Erlöschungsgrundes inter partes") und S. 67 (das festgestellte Recht „hat im rechtskräftigen Urteil zwar nicht seinen Entstehungsgrund im eigentlichen Sinne, aber doch einen unerschütterlichen Bestärkungsgrund, der denn auch einer selbständigen causa gleich geachtet werden darf").

27) Archiv f. civ. Praxis 83 bes. S. 64 f.

28) CPO. § 322. Anspruch ist hier in dem von dem Sprachgebrauch des BGB. durchaus abweichenden Sinne der aufgestellten Rechtsbehauptung zu verstehen. (Vgl. Anspr. u. Klagr. § 23.) Nur über sie, über sie aber auch schlechthin wird entschieden. Prozessgegenstand ist nicht etwa nur die Frage, ob der von dem Kläger erhobene „Anspruch" mit Rücksicht auf die von ihm behaupteten Thatsachen und auf die von dem Beklagten geltend gemachten Gegenthatsachen existiert. Vielmehr haben die angeführten Klagthatsachen nur die Bedeutung, dass aus ihnen im Zweifelsfalle zu bestimmen ist, über welchen „Anspruch" zu entscheiden war und entschieden wurde. Diese Individualisierung des Prozessgegenstandes muss bereits die Klagschrift enthalten, und alles thatsächliche Vorbringen, welches ihn verändert, enthält eine Klagänderung. Soweit das Vorbringen des Klägers nicht dieser Individualisierung dient, ist es ebenso wie die Anführung des Beklagten nicht für die Rechtskraft, sondern nur innerhalb des Prozesses relevant, nämlich insofern, als der entscheidende Richter aus ihm zu entnehmen hat, ob „der Klagantrag gerechtfertigt ist" (§ 331 II), ob „der Anspruch des Klägers (begründet oder) unbegründet ist" (§§ 302 IV, 541 II, 600 II); es bestimmt insofern nicht das zu Entscheidende, sondern die Frage, für oder gegen wen zu entscheiden ist. Vgl. einerseits nam. Wach, Vortr. S. 134, Eccius, Pr. Priv.-R. I § 56 N. 55, Seuffert, 7. Aufl. Bem. 5 zu § 293, Schmidt, Lehrb. S. 536 f. und Klagänderung S. 204 f., anderseits Planck, Lehrb. I S. 261 f., Dernburg, Pand. I § 163, Rümelin, civ. Arch. 88 S. 90 f. und neuestens Gaupp-Stein § 322 V: „Gegenstand

dem anhängigen Verfahren nicht mehr angegriffen werden kann, unbestreitbar gegenüber jedem Richter.

Ist die Frage nach dem vorhandenen Rechtszustande einmal definitiv entschieden, so verbietet es das Prozessrecht, die Gerichte nochmals mit der Untersuchung, ob die Frage richtig entschieden sei, zu behelligen.[29]) Dem zweiten Richter wird keineswegs zugemutet, an die Richtigkeit des festgestellten Rechtszustandes zu glauben, sondern er ist — ebenso wie der Richter bezüglich des von ihm selbst gefällten, noch nicht rechtskräftigen Urteils[30]) — an die Feststellung „gebunden“: er muss den deklarierten Rechtszustand seiner neuen Entscheidung zu Grunde legen, selbst wenn die Unrichtigkeit der Entscheidung sonnenklar ist.[31])

Die Bestreitbarkeit liegt auf prozessualem Gebiete. Deshalb kann die Unbestreitbarkeit nicht dem bürgerlichen Recht angehören oder gar Gegenstand einer materiellen Rechtspflicht des Gegners sein.[32]) Viel-

---

der Bindung ist die Entscheidung, dass ein bestimmter Thatbestand die im Vorurteil bejahte oder verneinte materielle oder prozessuale Rechtsfolge habe oder nicht habe“. Die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht folgt namentlich aus § 767 CPO. Ist nach ihm alles Vorbringen des Beklagten präkludiert, das sich auf den Anspruch schlechthin bezieht, so muss das entsprechende für den Kläger gelten. Er kann denselben Anspruch nach seiner Aberkennung ebenso nur auf solche Thatsachen stützen, die nach der letzten Thatsachenverhandlung eintraten, wie es dem Beklagten nur erlaubt ist, die bejahte Rechtsbehauptung aus solchen später eingetretenen Thatsachen zu bestreiten. Über die Identitätsmerkmale, namentlich über die Anspruchskonkurrenz habe ich mich in Anspr. u. Klagr. §§ 10/5 geäussert.

29) Es verstösst nicht gegen die Rechtskraft, wenn behauptet wird, dass der deklarierte Rechtszustand nach der letzten Thatsachenverhandlung sich verändert hat, sei es, dass das verneinte Rechtsverhältnis nachträglich entstanden, sei es, dass es untergegangen ist. Es ist bedauerlich, dass die CPO. diesen wichtigen Rechtskraftsgrundsatz nicht generell ausspricht, sondern nur gelegentlich der Frage, wie gegenüber einer nicht mehr zutreffenden Verurteilung zu einer Leistung zu verfahren ist (§§ 767/8), anwendet.

30) CPO. § 318. Ebenso spricht CPO. § 11 und GVG. § 107 von „bindend“. Vgl. auch § 565 II.

31) Im Erbbescheinigungsverfahren muss der Nachlassrichter von der Wahrheit des Inhalts des erbetenen Erbscheins überzeugt sein, weil dieser eine gegen jeden Nachlassbeteiligten wirkende Rechtsvermutung schafft (BGB. § 2359). Stellt sich heraus, dass ein näherer Verwandter vorhanden ist oder dass der Erblasser ein späteres Testament hinterlassen hat, als dasjenige, auf welches hin einer der Prozessparteien das Erbrecht rechtskräftig zugesprochen ist, so darf er den Erbschein nicht etwa gemäss dem rechtskräftigen, von ihm als unrichtig erkannten Urteil ausstellen. Vgl. den Rechtsfall in m. Civilprozesspraktikum 2. Aufl. N. 186.

32) Vgl. nam. Bülow, Archiv 83 S. 124 No. 118.



mehr ist sie ein Begriff derselben Art, wie diejenige Unbestreitbarkeit, welche sich an das gerichtliche Geständnis einer Thatsache anknüpft. Ein Unterschied besteht namentlich darin, dass sie im zweiten Falle nur innerhalb dieses Prozesses wirkt und durch den Beweis der Unrichtigkeit und des Irrtums aufgehoben werden kann. Um ein Beweismittel handelt es sich in dem einen Falle ebensowenig, wie in dem anderen: die zugestandene Behauptung des Gegners und der urteilsmässig festgestellte Rechtszustand „bedürfen keines Beweises". Wurde ein Recht als bestehend anerkannt — ob es sich um ein absolutes oder relatives Recht handelt, ist dabei völlig gleichgültig —, so ist dadurch die Möglichkeit abgeschnitten, zu leugnen, dass dieses Recht zur Zeit der letzten Thatsachenverhandlung bestanden habe. Dadurch wird dem Sieger die Durchführung eines jeden Prozesses, in welchem es auf jenes Bestehen ankommt, ausserordentlich erleichtert. Ist das Bestehen eines Rechtsverhältnisses verneint, so geht es, wenn das Urteil unrichtig ist, nicht unter, aber jeder Versuch desjenigen, gegen den das Urteil wirkt, zwecks Ableitung irgend welcher Rechtsfolge[33]) contra rem judicatam seine Existenz vor Gericht zu behaupten, ist vergeblich: er „wird nicht gehört", non audietur.[34])

Erblickt man in dem „Recht", welches das feststellende Urteil „schafft", mehr als diese Rechtsfolge der Unbestreitbarkeit, misst man der Rechtskraftwirkung die Bedeutung zu, dass das unrichtige Urteil ein Privatrechtsverhältnis entstehen bezw. erlöschen machen kann[35]) und

---

33) So auch, wenn der condictio indebiti des siegreichen Beklagten entgegengehalten werden wollte, er habe ein debitum bezahlt, weil er mit Unrecht freigesprochen sei. Um die Zulässigkeit dieser Behauptung auszuschliessen, braucht man keineswegs anzunehmen, dass die Schuld materiell erlischt.

34) Gaupp-Stein, — Bem. II zu § 372 Note 11 bezeichnet die Verwendung des Ausdrucks „kann nicht mehr bestritten werden" als „geradezu unrichtig", weil den Parteien das Wort nicht abgeschnitten werde. Aber gemeint ist in den wissenschaftlichen Erörterungen ebenso wie in den Reichsgesetzen (vgl. Note 35 a. E.) natürlich nur das, ob die Rechtsbehauptung noch mit Erfolg, ob sie in beachtlicher Weise bestritten werden kann. Die Unbestreitbarkeit ist nur die Kehrseite der Bindung des Richters, welche Stein ebenso wie wir als den Inhalt der Rechtskraftwirkung ansieht. In m. Anspr. u. Klagr. bin ich dieser hier näher dargelegten Ansicht bereits gefolgt. Vgl. nam. S. 171 N. 26, S. 210/2.

35) Diese Auffassung wurde auch in der II. Komm. (des BGB.) Bd. I S. 255 vertreten, von der Mehrheit aber ganz entschieden abgelehnt. Die Kommission nahm aus dem § 192 des E. I den Satz an: „Das rechtskräftige Urteil hat die Wirkung, dass das rechtskräftig Zuerkannte nicht mehr bestritten, das Aberkannte nicht mehr geltend



dass das richtige Urteil einen Rechtsgrund schafft, der privatrechtlich einer neuen causa gleichgeachtet werden kann, so setzt man sich m. E. in Widerspruch mit dem Begriff der prozessualen Rechtsdeklaration. Diese ist nun einmal etwas ganz anderes als Rechtserzeugung. Eine solche herbeizuführen liegt weder in der Absicht des Richters, noch will die Prozessordnung den Parteien die Möglichkeit bieten, auf sie hinzuarbeiten. Allerdings ist es möglich, dass die Parteien während der Zeit des Prozesses und auch gelegentlich einer mündlichen Verhandlung Rechtsgeschäfte vornehmen, welche den Privatrechtsstand verändern. Wie aber die Prozessvollmacht nur zu Prozesshandlungen und zu den andersartigen Rechtsgeschäften legitimiert und wie die letzteren sich bezüglich der Voraussetzungen und Wirkungen ausschliesslich nach bürgerlichem Recht beurteilen, so dienen anderseits die Prozesshandlungen lediglich dem Zweck, dem Richter das Material zu der Beurteilung der zur Zeit ihres Vorbringens bereits vorhandenen Rechtslage zu unterbreiten. Die Parteien haben nicht die Möglichkeit, durch Versäumnis oder durch Behauptung und Zugestehen unwahrer Thatsachen eine Veränderung der privatrechtlichen Verhältnisse herbeizuführen. Nur das steht ihnen frei, absichtlich oder unabsichtlich durch nichtsachgemässe Prozessführung ein Urteil herbeizuführen, dessen Feststellung sich mit dem materiellen Rechtszustande nicht deckt. Wie aber dadurch, dass der beklagte Eigentümer das von dem Gegner mit Unrecht behauptete Eigentum zugesteht, der Kläger nicht Eigentümer wird, wie dadurch, dass der Kläger wahrheitswidrig die von dem Beklagten behauptete Rückzahlung zugesteht, die Klagforderung nicht untergeht, wie die eingeklagte Hypothek dadurch, dass der Kläger im Termine ausbleibt und der Beklagte Versäumnisurteil beantragt, nicht erlischt, so führt auch das Urteil, welches auf grund solcher

gemacht werden kann". So zutreffend der Satz für die Feststellungsurteile ist, so wenig ist er doch geeignet, die Wirkung aller Urteile vollständig zu bezeichnen. (Auf Urteile rechtsgestaltenden Inhalts nimmt übrigens auch § 325 CPO. keine Rücksicht.) Es ist deshalb nicht zu bedauern, dass bei der Redaktion der Novelle auf eine Definition überhaupt verzichtet wurde. Dagegen ist es erfreulich, dass die II. Komm. selbst noch in der 2. Lesung (Bd. 6 S. 142) den 2. Absatz des § 192 Abs. 2 strich, welcher mit der Statuierung der Möglichkeit, auf die Rechtskraftwirkung zu verzichten, von dem Gedanken ausging, dass das Urteil eine civilrechtliche Einrede erzeuge. — In einer reichsgesetzlichen Vorschrift wird das Wesen der R. richtig positiv bezeichnet: „Festgestellte Forderungen können nicht bestritten werden" (Genossenschaftsgesetz § 122 III).

Prozesshandlungen ergeht, keine Änderung des Privatrechtsstandes herbei.[36])

Wer das Gegenteil behaupten würde, macht aus dem Urteil, welches Rechtsverhältnisse als bestehend oder nicht bestehend feststellt, einen Thatbestand, der gleichwertig neben alle im bürgerlichen Rechte anerkannten Entstehungs- und Endigungsgründe treten würde: die Rechtskraft wäre wirklich gleich Gesetzeskraft, das prozessuale Entscheidungsverfahren würde nicht nur der Rechtsvergewisserung zu dienen bestimmt sein, sondern es böte das Mittel, um im Scheinprozess jegliche Privatrechtsänderung vorzunehmen.

Man braucht aber nur an die Urteile, welche das Eigentum oder andere absolute Rechte feststellen, und an das Prinzip, dass das Urteil nur inter partes wirkt, zu denken, um schon daraus die Unhaltbarkeit jener Auffassung zu erkennen. Siegte der Nichteigentümer mit der Eigentumsfeststellungsklage, so würde dies unausweichlich zu einem doppelten relativen Eigentum an der streitigen Sache führen: der mit Unrecht besiegte Eigentümer hätte es dem Kläger gegenüber verloren, Dritten gegenüber aber behalten.[37]) In Wirklichkeit aber hat das Urteil lediglich zur Folge, dass der Besiegte dem Kläger gegenüber nicht gehört wird, wenn er das ihm zugesprochene Eigentum bestreitet. War der Besiegte der Eigentümer, so ist damit der einzige, der dem Sieger die Sache abstreiten könnte, weggefallen und so ist dieser, solange er sich im Besitze befindet, im praktischen Resultat so gesichert, als wäre er der Eigentümer. Aber er ist es nicht, was sich sofort im Verhältnis des Siegers zu dritten Personen sowie dann zeigt, wenn das Urteil infolge einer Wiedereinsetzung oder im Wiederaufnahmeverfahren aufgehoben wird. Veräussert der Sieger die Sache weiter, so kann der Erwerber (geradeso wie der Sieger selbst) trotz der res judicata von Anfang an in bösem Glauben sein, so z. B. wenn er weiss, dass das Urteil auf einem Meineid beruht oder dass ein sonstiger Grund für die Restitutions- oder für die Nichtigkeitsklage vorliegt.

---

36) Den fundamentalen Unterschied zwischen den Prozesshandlungen und Rechtsgeschäften hat Bülow, Geständnisrecht S. 74 f. mit besonderer Energie entwickelt. Diese Ausführungen beachtet Crome nicht, der System I S. 552 bei Note 10 den Satz aufstellt: „Die Klaghandlung ist Rechtsgeschäft“.

37) Die Folge würde auch die im gemeinen Recht behauptete, von der herrschenden Meinung mit Recht, aber inkonsequenterweise, abgelehnte Ansicht sein, dass die res judicata einen Ersitzungstitel bildet. Vgl. Windscheid I § 179 Note 7 c. cit.



Betrifft das Urteil einen gegen den Schuldner geltend gemachten Anspruch (auf Leistung), so ist das Ergebnis der beiden Auffassungen scheinbar gleich, da das Schuldverhältnis inter partes besteht. Es scheint identisch, ob man sagt: die mit Unrecht rechtskräftig aberkannte Forderung ist untergegangen, oder: sie besteht noch, aber der abgewiesene Gläubiger kann ihr Bestehen in keiner Weise mehr behaupten und geltend machen. Es scheint gleich, ob man sagt: der Anspruch existiert kraft der rechtskräftigen Bejahung, oder: der Beklagte kann in keiner Weise mehr leugnen, dass er besteht.

Allein auch bei solchen Urteilen, die man in älterer Zeit fast allein in das Auge zu fassen pflegte, zeigt sich der auch praktisch bedeutsame Unterschied sofort, wenn wir an die Wiederaufnahme des Verfahrens denken. Nur von unserer Ansicht aus rechtfertigt sich der Satz, dass die mit Unrecht aberkannte Forderung von jeher wirklich bestanden und auch in der Zwischenzeit ihre volle Wirkung gehabt hat. Sobald das judicium rescindens der Wiederaufnahmeklage das Hindernis, welches bisher der Prätension des Anspruchs im Wege stand, beseitigt hat, können nicht nur die Leistung selbst, sondern auch Zinsen und Schadensersatz wegen Verzugs oder wegen Unmöglichkeit der Leistung gefordert werden.[38])

Ist eine mit Unrecht bejahte Forderung vollstreckt und wird sie im Wiederaufnahmeverfahren verneint, so kommt es für die Frage, ob er rechtmässig gehandelt hat, auf den materiellen Rechtszustand an und diesen hat das unrichtige Urteil nicht verändert. Wird das Urteil aufgehoben, so bedeutet dies nicht etwa, dass ein bis dahin bestandener Anspruch wieder erlischt. Der Gläubiger hat gegen den Schuldner niemals einen Anspruch gehabt, sondern nur das Vollstreckungsrecht. Er hat also objektiv rechtswidrig gehandelt, indem er dieses gebrauchte, um sich die Leistung zu verschaffen, und er haftet auf Schadensersatz, wenn er in Kenntnis der Nichtschuld exequieren liess.

Auch dann, wenn eine Schuld mit Recht bejaht wird, darf man das Verhältnis nicht etwa nach Analogie des Falles beurteilen, dass der Schuldner dem Gläubiger ein abstraktes Schuldversprechen oder ein Schuldanerkennungsversprechen gab. Hierdurch entsteht eine neue Forderung, welche neben die alte, auf dieselbe Leistung gerichtete hinzu-

---

38) Das Urteil kann höchstens die Bedeutung haben, dass der gutgläubige Schuldner wegen seines Vertrauens auf die Richtigkeit des Urteils nicht in Verschulden war. Vgl. BGB. § 285.



tritt und dem Gläubiger gestattet, sich auf diesen oder jenen Schuldgrund zu stützen, so aber, dass einmalige Befriedigung beide im übrigen selbständig nebeneinanderstehende Forderungen tilgt.[39]) In dieser Weise könnte das Verhältnis des ursprünglichen Anspruchs und der sog. Judikatsobligation gedacht werden, wenn eben die Verurteilung zu den Entstehungsgründen von Schuldverhältnissen gehören würde. Allein das neue Reichsrecht gibt für diese Anschauung keinerlei Anhalt und die moderne Prozessrechtswissenschaft ermöglicht es uns, im heutigen Rechte sehr wohl zwischen der privatrechtlichen obligatio judicati, welche es nicht gibt, und dem publizistischen Vollstreckungsrecht, welches aus der Verurteilung (nicht aus der Feststellung einer Leistungspflicht!) entsteht, zu unterscheiden. Deshalb müssen wir von der römischen obligatio judicati Abschied nehmen und es ist die Aufgabe der Prozessualisten, mit aller Kraft dagegen anzukämpfen, dass man prozessuale Thatbestände nach civilistischen Regeln beurteilt.

Würde es im heutigen Rechte eine Judikatsobligation als ein durch das Urteil entstehender Privatrechtsanspruch geben, so müssten für ihn irgend welche Grundsätze gelten. Das ist aber nicht der Fall. Wohl ist es eine allseitig vollkommen begründete Behauptung, wenn ich „auf Grund der gegen den Beklagten N. N. am 15. Februar 1900 ergangenen Verurteilung zur Zahlung von 1000 M.“ das publizistische Vollstreckungsrecht prätendiere. Aber der gegen den Schuldner gerichtete Anspruch wird in Beziehung auf seine materiellrechtlichen Eigentümlichkeiten in keiner Weise bezeichnet, wenn ich sage: „er schuldet mir auf Grund jenes Urteils die Summe von 1000 M.“. So kann z. B. die nach § 283 BGB. bedeutungsvolle Frage, ob der zur Leistung verurteilte Schuldner bei nun eintretender Unmöglichkeit Schadensersatz wegen Nichterfüllung schuldet, nur unter Hinblick auf den Schuldgrund beantwortet werden.[40])

39) Vgl. auch BGB. § 364 II und im allgemeinen m. Anspr. u. Klagr. § 12 f. — Es ist eine merkwürdige Erscheinung, dass man Jahrhunderte hindurch den Schuldanerkennungsvertrag zu einem Beweismittel für das ursprüngliche Schuldverhältnis degradiert hat, während man das Urteil, welches Rechtsgestaltungsakt sein kann, aber als Feststellungsurteil nicht ist, zu einem Entstehungs- und Endigungsgrund der Rechte machte. Die Quittung als selbständiger liberatorischer Vertrag muss immer noch um ihre Anerkennung kämpfen.

40) Das Reichsgericht, Entsch. 22 S. 255 f. (5. Sen.), steht für das bisherige Recht auf dem entgegengesetzten Standpunkt. Dagegen mit Recht Kipp, Verurteilung S. 23—31. — Über andere Konsequenzen s. m. Anspr. u. Klagr. S. 171 f., bes. Note 26.

Auf den Einfluss, den das Urteil auf die Verjährung der Ansprüche hat, kann sich die bekämpfte Ansicht nicht berufen. Allerdings verjähren die sonst in kurzer Zeit verjährbaren Ansprüche erst in 30 Jahren, wenn sie rechtskräftig festgestellt sind. Aber dass hieraus nicht auf die Entstehung eines neuen Judikatanspruchs geschlossen werden kann, erhellt aus den anderen in BGB. § 218 I Satz 2 und in § 210 aufgeführten Gründen, welche die ganz gleiche Folge haben, dass die Verjährung des ursprünglichen Anspruchs sich verlängert; noch mehr aber folgt es aus den Ausnahmefällen des § 218 II, in denen „es bei der kürzeren Verjährungsfrist bewendet".

Von dem konstitutiven Urteil kann man mit vollem Recht sagen: jus facit. Es schafft und vernichtet Rechte. Eine solche Wirkung kann sich aber nicht auf die Prozessparteien beschränken. Ist ein Recht entstanden oder untergegangen, so muss dies jedermann gegenüber gelten. Es ist m. E. sinnwidrig und verstösst auch gegen den Sprachgebrauch der römischen Quellen, wenn man die gewöhnliche Rechtskraftwirkung in hergebrachter Weise mit dem Satze beschreibt: res judicata jus facit inter partes.[41])

Soweit die Urteile nach ihrem Feststellungsinhalt in Frage kommen, beschränkt sich die Wirkung prinzipiell auf die Prozessparteien. Der Rechtsspruch, der kraft der unverbrüchlichen Staatsautorität das zwischen den Parteien streitige Rechtsverhältnis unter Anwendung der abstrakten Rechtsregeln „konkret bestimmt",[42]) hat die prozessrechtliche Wirkung, dass jeder spätere Richter an die im rechtskräftigen Urteil enthaltene Rechtsdeklaration gebunden ist und seinem eigenen Urteil zu Grunde legen muss. Das Feststellungsurteil hat nur diese Wirkung der Unbestreitbar-

41) Gegen diese Auffassung hat bereits Brinz, Pand. 2. Aufl. I § 99 polemisiert; er hat darauf hingewiesen, dass das jus facere nur in Beziehung auf solche Sentenzen gebraucht wird, welche nicht nur inter partes wirken. (Ebenso Bülow, civil. Arch. 83 S. 64 N. 9.) Die l. 17 § 1 D. 5. 2 spricht von der rescissio testamenti, die konstitutiv ist, allerdings gleichwohl Dritten gegenüber bei collusio oder Versäumnis wirkungslos bleibt, was sich nur aus dem Mangel der formalverbindlichen Kraft der römischen res judicata erklärt (Wach, Handb. I S. 626). Ebenso l. 6 § 1 D. 5 2 (intestatum patrem facit), l. 8 § 16 eod. (testamentum rescissum est), l. 15 § 2 eod. (et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri potest), l. 29 § 2 eod. und l. 14 D. 49. 1 (adversus testamentum agere — jus facere). Darauf, dass auch l. 50 § 1 D. 30 den Fall der querela inoff. test. im Auge haben muss, weist l. 1 D. 44. 2 hin, da andernfalls ein unlösbarer Widerspruch vorliegen würde. — Die l. 3 pr. D. 25. 3 spricht von Statusprozessen, die inter omnes wirken.

42) Bülow, civ. Arch. 83 S. 64.



keit, es erzeugt also nur das der Bindung des zweiten Richters entsprechende Prozessrecht, von ihm die Beachtung dieser Bindung zu verlangen. Aber es hat keinerlei Privatrechtswirkung und es braucht und kann deshalb nicht von derjenigen Folge begleitet sein, welche den konstitutiven Urteilen ganz ebenso wie den Privatrechtsgeschäften notwendig zukommen muss.

Ist nun die Rechtskraftwirkung in dieser Weise aufzufassen, so ist einerseits in ihrer Beschränkung auf die Prozessparteien der sonst unvermeidliche logische Widerspruch nicht zu finden: die Möglichkeit, eine Rechtsbehauptung zu bestreiten, kann dem einen zustehen und dem andern fehlen.[43]) Anderseits ist die hiernach logisch mögliche Beschränkung der Feststellungswirkung auf die Prozessparteien de lege ferenda dadurch gerechtfertigt, dass das Urteil das Resultat der freien Prozessführung dieser Personen ist und deshalb dritten Personen weder schaden noch nützen darf. Das öffentlich rechtliche Prozessverhältnis bestand nur für sie und das Urteil, welches seine Entwicklung abschliesst, trifft mit der prozessualen (also publizistischen) Wirkung, welche der Feststellung über das Bestehen des den Streitgegenstand bildenden Privatrechtsverhältnisses zukommt, auch nur sie.

Aus der Verhandlungsmaxime allein kann die Beschränkung dieser Rechtskraftwirkung nicht gerechtfertigt werden.[44]) Denn jene Maxime gilt — mit gewissen, auch bei anderen Klagen vorkommenden Ausnahmen — auch bei den Klagen auf Erlass von konstitutiven Urteilen, und doch wirken diese ohne Ausnahme für und gegen alle.

Ebensowenig kann der Versuch gebilligt werden, die Beschränkung der Rechtskraft schon daraus zu erklären, dass bei Verschiedenheit der Personen schon die objektive Voraussetzung der Rechtskraft, die Identität der Rechtsfrage fehle.[45]) Ob die Identität des abzuurteilenden Rechtsverhältnisses vorliegt, wenn eine Rechtsnachfolge vorliegt, kann zunächst dahingestellt bleiben. Dass aber auch dann, wenn man diese

---

43) Ist doch die Möglichkeit, eine (nicht irrtümlich) zugestandene Thatsache zu bestreiten, sogar unter den Parteien selbst nur für denjenigen Prozess ausgeschlossen, in welchem das gerichtliche Geständnis abgegeben wurde!

44) Ebensowenig, wie die Rechtskraft überhaupt. Vgl. Wach, Vortr. S. 99, 133 Anmerk. *.

45) Auf die Widersprüche bei Binder, der in s. Subj. Grenzen d. R. S. 6 diesen Ausgangspunkt nimmt, hat schon Geib, krit. V. J. Schr. 39 S. 129 f. aufmerksam gemacht.



Frage verneint, eadem quaestio trotz Verschiedenheit der Subjekte vorliegen kann, ist ganz zweifellos in den Prozessen zur Feststellung absoluter Rechte.[46]) Ist entschieden, dass der Kläger Eigentümer, Erbe u. s. w. ist, so wird, wenn er später gegenüber einem Dritten mit der Eigentumsprätension auftritt, genau dieselbe Rechtsfrage, aber einer anderen Person gegenüber aufgeworfen. Dasselbe gilt auch bezüglich der relativen Rechte, wenn ein Streit über ihre Zuständigkeit entschieden war.[47])

Zum Schluss dieser Erörterung darf noch betont werden, dass es höchst wünschenswert ist, den Ausdruck „materielle Rechtskraft" aus den Erörterungen völlig zu verbannen. Er ist nur zu sehr geeignet, die bekämpfte Auffassung über den civilrechtlichen Inhalt der Rechtskraftwirkung zu konservieren. Spricht man wie üblich von der „formellen" oder mit Fitting[48]) von der „äusseren" Rechtskraft, so hat man nicht die Wirkung des Urteils im Auge, sondern lediglich die Voraussetzungen, von deren Eintritt diejenige Wirkung abhängig ist, welche der Entscheidung, abgesehen von der Vollstreckbarkeit, zukommt. Es handelt sich also keineswegs darum, dass der Begriff Rechtskraft eine zweifache Folge — nach der herrschenden Auffassung eine prozessuale und eine civilrechtliche — bezeichnen soll. Formelle Rechtskraft bezeichnet die Eigenschaft des Urteils und des Beschlusses[49]) als einer durch Rechtsmittel oder Einspruch nicht mehr anfechtbaren Entscheidung, materielle Rechtskraft dagegen bedeutet lediglich die Wirkung der Entscheidung. Spricht die CPO. von der Rechtskraft, so meint sie stets die

46) Gegen die Ansicht, welche Feststellungsprozesse nur zwischen den an den streitigen Rechtsverhältnissen beteiligten Subjekten zulassen will, und über den Unterschied, der in Ansehung des Prozessgegenstandes in jenen Prozessen und in Prozessen über Ansprüche (auf Leistung) besteht, vgl. die ausführliche Darlegung in Anspr. u. Klagr. S. 408 f. Die Ansicht von Binder, Subj. Grenzen S. 12 (vgl. auch Fischer, Jahrb. f. Dogm. 40 S. 169) wäre richtig, wenn es wahr wäre, dass im Eigentumsfeststellungsprozess Streitgegenstand ein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien sei, und wenn nicht der Satz: „Für den Prozess wird auch das absolute Recht zum relativen" nicht nur falsch, sondern auch nur eine Umschreibung des probandum wäre.

47) Über solche Prätendentenstreitigkeiten bezüglich der Forderungen s. Anspr. u. Klagr. S. 417 f. — Wenn Brinz, P. I S. 347 zur Bekräftigung des im Texte vertretenen Standpunkts auf die Korrealobligationen verweist, so beruht dies auf der (für das BGB. zweifellos nicht zutreffenden) Auffassung von der Einheit dieser Art von solidarischen Obligationen.

48) Lehrb. 9. Aufl. § 71.

49) Vgl. CPO. § 900 III, KO. § 74, SO. § 116.

Unanfechtbarkeit in jenem Sinne; die Folge, welche sie daran anknüpft, bezeichnet sie in der Regel einfach durch die Formel „das rechtskräftige Urteil wirkt“.[50]) Seltener ist der Hinweis auf die Art der Wirkung.[51])

Sollen die aus dem Doppelsinn des Ausdrucks entstehenden Misslichkeiten und soll der Ausdruck „materielle“ Rechtskraft vermieden werden, so muss entweder dieser oder die „formelle“ Rechtskraft fortfallen. Letztere liesse sich sehr wohl durch „Unanfechtbarkeit“ (genauer: ordentliche U.) ersetzen; man könnte dann mit Rechtskraft lediglich die Rechtskraftwirkung bezeichnen.

Dem steht aber der Sprachgebrauch des Gesetzes entgegen, welcher gerade die ordentliche Unanfechtbarkeit konstant durch Rechtskraft bezeichnet. Sonach dürfte sich vielleicht der Ausweg empfehlen, statt von der materiellen Rechtskraft von der Rechtskraftwirkung oder einfach von der Urteilswirkung und spezialisierend von der Feststellungs- und Rechtsgestaltungswirkung[52]) zu reden.

§ 3.

Die Reflexwirkung der Urteile.

Das Prinzip, dass die Feststellungswirkung des Urteils sich auf die Prozessparteien beschränkt, erleidet Ausnahmen. Aus besonderen Gründen erstreckt die Rechtsordnung die Rechtskraft auf dritte Personen, derart, dass die in dem Urteile enthaltene Feststellung in derselben Weise dem Dritten gegenüber die absolute Unbestreitbarkeit herbeiführt, als wenn ihm selbst gegenüber das Urteil ergangen wäre.[53])

Mit dieser Erstreckung der Rechtskraft ist eine Erscheinung nicht zu verwechseln, welche mit jener äussere Ähnlichkeit hat, aber von ihr

---

50) Vgl. CPO. §§ 325/7, 69, 76 (wirksam und vollstreckbar), 629, 853 IV, V, BGB. §§ 1380, 1400 II, HGB. §§ 273, 309, 696, 761, KO. § 147, Genossenschaftsgesetz §§ 111 II, 122 IV.

51) § 11 (bindend), GVG. § 18 N. 4 (massgebend), § 107 (bindend), BGB. § 407 (Urteil gelten lassen müssen), Genossenschaftsgesetz § 122 III (nicht bestritten werden können).

52) Von ihr als „Aufhebung“ spricht BGB. §§ 1470 II, 1496, als „Auflösung“ § 1564, als „Wiederherstellung“ §§ 1425, 1548, als „Wirkung der Anfechtung“ § 2342 (gleichbedeutend § 1596 III).

53) Also ohne Rücksicht darauf, ob das Urteil ein Versäumnisurteil ist oder ob die Parteien kolludiert haben.



gerade so scharf unterschieden werden muss, wie die Wirkung der konstitutiven Urteile von der Feststellungswirkung.[54])

I. Bereits oben wurde ausgeführt, dass die Verurteilung für den Sieger das Vollstreckungsrecht erzeugt. Die Existenz desselben muss jeder Dritte gerade so anerkennen, wie die durch die Vollstreckung selbst herbeigeführte Veränderung der rechtlichen oder thatsächlichen Verhältnisse.

Dieser Gesichtspunkt ist namentlich[55]) von Bedeutung für das Verhältnis des Erben gegenüber den Vermächtnisnehmern und anderen Nachlassgläubigern und analog in den zahlreichen anderen Fällen der beschränkten Haftung.[56]) Die Verurteilung des beschränkt haftenden Schuldners und ihre Vollstreckung fallen unter die Ereignisse, welche den Bestand des haftenden Vermögens verringern.[57])

Jeder Beteiligte hat dies ganz ohne Rücksicht darauf, wie das Urteil zu stande gekommen ist, ob es ein Versäumnisurteil ist oder nicht. anzuerkennen, weil es eine Thatsache ist, die, wenn sie wahr ist, jedermann gegenüber wahr sein muss. Um Erstreckung der Rechtskraft handelt es sich nicht. Jedem Beteiligten steht es frei, den beschränkt haftenden Schuldner persönlich in Anspruch zu nehmen, wenn und weil er es verschuldet hat, dass jene Thatsache eintrat.[58])

Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn dem beschränkt haftenden

54) Wach, Handb. I S. 626 f. spricht hier von „Thatbestandswirkung“, „Reflexwirkung“ und unterscheidet sie auf das sorgfältigste von der Rechtskraft.

55) Andere Beispiele ergeben § 775 N. 4 BGB. und der Fall, dass der Besitzmittler zur Herausgabe der anvertrauten Sache an den Vindikanten verurteilt ist. Die Existenz des Rechts des Siegers, die Herausgabe zu erzwingen, kann der mittelbare Besitzer ebensowenig bestreiten, wie die Thatsache der Herausgabe, falls diese erzwungen wurde. Die Frage, ob der Dritte das materielle Recht auf die Sache hatte, ist damit auch im Verhältnis des Besitzmittlers und des mittelbaren Besitzers nicht entschieden und deshalb ist die Frage, ob die für den Besitzmittler eingetretene Unmöglichkeit der Leistung eine unverschuldete ist, noch offen. Ebenso ist es, wenn bei ihm die anvertrauten Sachen gepfändet sind.

56) So bei dem belasteten Vermächtnisnehmer (§ 2187), im Falle der §§ 1480 und 1504, bei dem Vermögensübernehmer (§ 419) und in allen den Fällen, in denen nach der Terminologie der CPO. der Dritte die Zwangsvollstreckung in bestimmte Gegenstände zu dulden hat, so bei dem Ehemann (BGB. § 1412, CPO. § 739), bei dem Niessbraucher (BGB. § 1086, CPO. § 737). Näher begründet in Anspr. u. Klagr. S. 320 f.

57) Dass die rechtskräftige Verurteilung einem anderen Gläubiger gegenüber wie die Befriedigung wirkt. ist in dem Falle des § 1991 III BGB. ausdrücklich anerkannt und gilt natürlich allgemein.

58) So also z. B., wenn der Erbe den Verlust des Prozesses verschuldet hat (§ 1978) oder wenn er nicht rechtzeitig Konkurs herbeiführte (§ 1980). Vgl. auch schon ALR. I 12, § 298/9, dazu Wach, Handb. I S. 628, Fischer, Jahrb. 40 S. 181/2.



heres das Erbrecht und die ganze Erbschaft abgestritten ist. Dass er nicht der Erbe ist, steht gegenüber jedermann fest, wenn der Besiegte für erbunwürdig erklärt ist.[59]) Das Erbrechtsfeststellungsurteil aber wirkt nur inter partes.[60]) Auch die Erbschaftsschuldner sind an die Entscheidung nicht gebunden. Sie können mit Sicherheit (gegenüber dem Besiegten) an den Sieger zahlen, da sie, insofern sie von ihm die Befreiung von der Schuld erhalten, als dessen Rechtsnachfolger erscheinen; aber sie brauchen es nicht.[61])

Ebenso ist den Erbschaftsgläubigern nicht verwehrt, sich trotz der Verneinung des Erbrechts des Besiegten an diesen zu halten und die Erbenqualität des Siegers steht gegenüber den Gläubigern rechtskraftmässig keineswegs fest. Damit ist die Frage noch nicht erledigt, ob sich die Haftung des Siegers nicht aus einem anderen Grunde rechtfertigen lässt. Keinenfalls daraus, dass er dolos handeln würde, wenn er seine Erbenqualität leugnen wollte,[62]) wohl aber daraus, dass der Sieger die Erbschaft an sich gezogen und die Vollstreckung bei dem verus heres unmöglich gemacht hat. Denn das BGB. hat das Prinzip, dass die Schulden auf dem Nachlass (überhaupt auf dem ganzen Vermögen oder einem Sondervermögen) haften, so energisch durchgeführt,[63]) dass es wohl angängig erscheint, den Eintritt in die Schuldenhaftung von der vertragsmässigen oder gesetzlichen Übernahme auf solche Fälle zu übertragen. Dann können wir, wie Ulpian in l. 50 § 1 D. 30, sagen: der Sieger kann sich nicht damit entschuldigen, dass er fälschlich als Erbe anerkannt sei. Aber nicht deshalb haftet er, weil sein Erbrecht inter alios festgestellt ist, sondern weil und wenn er den Nachlass hat.

Ein weiteres, sehr charakteristisches Beispiel gewährt der Fall, dass von mehreren, die auf eine unteilbare Leistung berechtigt sind, der eine

---

59) Dass dieses Urteil kein Feststellungsurteil ist, s. Anspr. u. Klagr. S. 468 f. Es ist es ebensowenig wie die römische rescissio testamenti. Vgl. oben Note 41.

60) Über die Bedeutung des Urteils im Erbbescheinigungsverfahren s. oben Note 31.

61) Ausführlich gerechtfertigt in Anspr. u. Klagr. S. 420/1. — Eine Bestimmung, wie sie vielfach auf grund der l. 50 § 1 D. 30 als im röm. Recht enthalten angenommen wird (vgl. Note 41), fehlt im Reichsrecht.

62) So Fischer, Jahrb. 40 S. 200 unter Berufung auf l. 50 § 1 D. 30 (improbe causari). Dass der Jurist einen dolus als vorliegend annimmt oder doch in ihm den Entscheidungsgrund findet, ist in der Stelle nicht gesagt. Vgl. auch oben Note 41. Fischers Auffassung, dass die Rechtskraft sich nur gegen die unterlegene Partei kehrt (S. 199), hat Wach, Rechtskr. S. 75 f. widerlegt, s. auch Anspr. u. Klagr. S. 167 Note 14, S. 407/8.

63) Vgl. m. Vertr. auf L. an Dritte S. 392/8.

Gläubiger eine Verurteilung zur Leistung an alle oder zur Hinterlegung für alle erzielt.[64] Die Erstreckung der Rechtskraftwirkung ist unter Abschneidung gemeinrechtlicher Streitigkeiten sowohl im Falle des Sieges, wie des Unterliegens durch § 432 BGB. bestimmt ausgeschlossen, obwohl vom logischen Gesichtspunkte aus die Notwendigkeit einheitlicher Feststellung aus gewiss nicht verneint werden kann. Trotzdem ist zu sagen: victoria[65] alteris prodest, aber nur dann, wenn der Sieger das Urteil zur Vollstreckung bringt.[66]

Dasselbe gilt, wenn der Versprechensempfänger auf Leistung an den Dritten oder ein sonstiger Gesamtgläubiger auf Leistung an ihn oder einen der anderen Gläubiger geklagt hat.[67]

II. Unter dem an die Spitze dieser Erörterung gestellten Gesichtspunkte ist auch die in ihrer Bedeutung für unsere Frage sehr bestrittene Bestimmung des § 147 KO. zu betrachten. Die KO. gibt nicht nur dem Verwalter ein Recht, die angemeldete Forderung zu bestreiten, sondern sie dehnt dieses Recht auf alle Konkursgläubiger aus.[68] Nun bestimmt KO. § 144, dass die Forderung erst dann als festgestellt gilt, nachdem ein erhobener Widerspruch beseitigt worden ist. Haben mehrere widersprochen und nimmt einer von diesen seine Bestreitung zurück oder wird ihm gegenüber die Forderung festgestellt, so ist damit die Voraussetzung für die definitive Zulassung zum Konkurse noch nicht erfüllt. Der Liquidant muss jeden der Widersprechenden besiegen.

1. Gelingt ihm dies, so wird von dem Konkursgericht auf grund dieses Feststellungsurteils die definitive Zulassung verfügt.[69] Diese — konstitu-

64) Voraussetzung dafür ist, dass jeder die Forderung für sich geltend machen kann. Steht den mehreren ein Recht in Gesamthändergemeinschaft zu, so fehlt dem einzelnen die Aktivlegitimation. Wurde aber ihr Mangel übersehen, so ist das Urteil für den Sieger wirksam und vollstreckbar und es gilt dann das im folgenden Texte Gesagte.

65) Erstreckt sich die Rechtskraft auf einen Dritten, so treffen ihn die günstigen, wie die ungünstigen Folgen in gleicher Weise. Vgl. oben Note 62.

66) Über die sehr zahlreichen, hierher gehörigen Fälle s. Anspr. u. Klagr. S. 183 f. Auch die konkurrierenden Pfändungspfandgläubiger gehören an sich hierher. Doch ist hier die Wirkung der Rechtskraft, besonders die der Klagabweisung singulär geregelt.

67) Dass der gewöhnliche Gesamtgläubiger so klagen muss, folgt aus § 428 BGB. Vgl. Anspr. u. Klagr. § 28, bes. S. 192.

68) Beachtet man diesen Ausgangspunkt, so ist es selbstverständlich, dass die Gläubiger kein solches ausgedehntes Bestreitungsrecht haben können, wenn es dem Verwalter von vornherein deshalb fehlt, weil die angemeldete Forderung bereits vor der Konkurseröffnung rechtskräftig festgestellt ist. Zur Rechtfertigung dieses Satzes bedarf es keineswegs der Annahme irgend einer Succession der Gläubiger.

69) Gegen die Ansicht, welche dem Urteil über die streitige Forderung konstitu-



tive — Entscheidung des Konkursgerichts ergeht in der unscheinbaren Form der „Berichtigung der Tabelle“, wirkt aber gleich der wegen Unterbleiben eines Widerspruchs sogleich erfolgenden Eintragung „wie ein rechtskräftiges Urteil gegenüber allen Konkursgläubigern“ (KO. § 145 II). Eine Erstreckung der Rechtskraft ist m. E. hierin nicht zu finden.[70]) Gegenüber den Gläubigern, die in dem Termin anwesend waren, ist die Entscheidung gefällt. Diejenigen, welche selbst angemeldet hatten, aber nicht erschienen, weil sie nicht widersprechen wollten oder weil irgend ein anderer Grund sie abhielt,[71]) ferner alle diejenigen, die erst später selbst angemeldet haben, können in irgend beachtlicher Weise einen Widerspruch gegen den Bestand der Forderung[72]) überhaupt nicht mehr erheben. Dies ist der Grund, aus dem die Feststellung auch gegenüber der bezeichneten zweiten Kategorie der Konkursgläubiger und somit allen gegenüber „wirkt“. Und der Inhalt dieser Wirkung ist lediglich der, dass der Liquidant durch keinen Konkurrenten verhindert werden kann, die auf seine Forderung entfallende Dividende aus der Masse zu beziehen. Die Wirkung besteht aber nicht darin, dass allen Konkursgläubigern gegenüber rechtskräftig festgestellt sei, dass dem Liquidanten die Forderung gegen die Masse zusteht. Wäre dies der Fall, so würde, wenn die Forderung von dem falsus creditor[73])

---

tiven Charakter beilegt, während es doch nur die Vorfrage über die von dem Konkursgericht zu treffende Entscheidung erledigt, habe ich mich in Anspr. u. Klagr. ausführlich erklärt. Vgl. dort § 55 N. 61, § 56 N. 5, § 59 N. 92. Das Urteil, welches die in dem Teilungsplan (CPO. § 878) enthaltene Entscheidung abändert, ist in der That konstitutiv. Die Widerspruchsklage ist eine Rechtsmittelklage. Vgl. a. a. O. S. 502/4.

70) A. M. Wach, Rechtskr. S. 18, 38, der in § 147 KO. eine Anwendung des Grundsatzes findet, dass die logische Notwendigkeit einheitlicher Feststellung eine Erweiterung der Rechtskraftsgrenze herbeiführen muss. Auch Fischer, Jahrb. 40 S. 178 findet in § 147 einen „besonderen positiv geregelten Fall“ der Erstreckung der Rechtskraft. Gegen die Ansicht, welche eine solche annimmt und aus dem Gesichtspunkt der Repräsentation der nicht widersprechenden Gläubiger rechtfertigt, mit Recht Wach a. a. O. S. 19.

71) Die Versäumnis des Widerspruchs präkludiert diesen schlechthin. Man darf aber die Wirkung der Versäumnis nicht darauf zurückführen, dass durch das Unterlassen „der Wille, die Forderung nicht zu bestreiten, bindend ausgesprochen werde“ (Wach, Handb. I S. 624).

72) Mit Rücksicht auf die Zeit ihrer Feststellung. Spätere Ereignisse können — im Wege der Widerspruchsklage nach Analogie des § 767 CPO. — noch geltend gemacht werden.

73) So z. B. von dem Cedenten nach der Cession, von dem falsus heres oder einer sonstigen Person, von welcher eine Forderung im Augenblick ihres Entstehens auf einen Surrogationsberechtigten übergeht (z. B. BGB. §§ 1381, 2019, 2041, 2111 I).

geltend gemacht war, damit gegenüber dem verus creditor rechtskräftig entschieden sein, dass dem letzteren die Forderung nicht zustehe. Und doch wird wohl niemand bezweifeln, dass er dem Liquidanten die von diesem bezogene Dividende auf grund des § 816 BGB. abnehmen kann.

2. Die andere Eventualität des Ausgangs des Feststellungsverfahrens ist die, dass der Liquidant gegenüber einem Widersprechenden unterliegt. Dann ergeht die Berichtigung der Tabelle in dem entgegengesetzten Sinne: die provisorische Zulassung, welche in der Aufnahme der Forderung in die Tabelle lag, wird durch das Konkursgericht zurückgenommen, der Gläubiger wird zurückgewiesen. Sonach „kommt“ der Sieg eines einzigen Widersprechenden allerdings allen Konkursgläubigern „zu statten“,[74]) aber wieder nicht unter Erstreckung der Rechtskraft der Feststellungsentscheidung, sondern einfach infolge der Thatsache, dass dem einen gegenüber die Feststellung nicht gelang, und infolge des Rechtssatzes, dass diese Thatsache den Unterliegenden nicht etwa nur hinter den Sieger zurücktreten lässt, sondern ihn von der Befriedigung aus der Masse vollständig ausschliesst. Das Besondere liegt lediglich in der diesen letzteren Rechtssatz enthaltenden Vorschrift des § 144 I, dass sämtliche Widersprüche beseitigt werden müssen, und diese Vorschrift rechtfertigt sich, wie schon Wach[75]) sehr richtig bemerkt hat, daraus, dass es nicht möglich ist, den Besiegten dem einen gegenüber an der Masse partizipieren zu lassen, dem anderen gegenüber nicht.[76]) Diese Auffassung wird dadurch bestätigt, dass § 147 KO. auch nur von der Wirkung gegenüber den Konkursgläubigern spricht. Der Gemeinschuldner wird mit Recht nicht erwähnt. Es handelt sich eben nur um die Entscheidung der Frage, ob der Liquidant Befriedigung aus der Konkursmasse erhalten soll. Wird der Liquidant aus der Tabelle gestrichen, so ist nur jene Frage verneint. Für die andere Frage, ob der Gemeinschuldner persönlich (d. h. mit seinem

---

74) Diesen viel treffenderen Ausdruck gebraucht der für § 147 KO. vorbildlich gewesene § 237 der preussischen KO.

75) Rechtskr. S. 18.

76) Dies ist sehr wohl möglich in dem Verfahren, welches die Verteilung des Erlöses unter mehrere im Prioritätsverhältnis stehende Gläubiger bezweckt (CPO. § 872 f.). Wird das Widerspruchsrecht des Tertius gegen den Primus für begründet erklärt, weil die Pfändung für den Primus unwirksam gewesen sei, so würde es die logische Notwendigkeit erfordern, dass auch der Secundus dem Primus vorgeht. Und doch wird der Teilungsplan nur zu gunsten des Tertius abgeändert, wenn der Secundus nicht ebenfalls dem Primus widersprochen hat und ihn besiegt.



nicht zur Konkursmasse gehörigen Vermögen) haftet, entsteht keine Rechtskraft.[77])

III. Die Wirkung, welche das Unterliegen des Liquidanten gegenüber einem Widersprechenden für die übrigen Konkursgläubiger hat, beruht darauf, dass sein Recht auf Befriedigung aus der Masse nur dann durchsetzbar ist, wenn es allen Beteiligten gegenüber anerkannt ist. Auf einem ähnlichen Gedankengang beruht eine durchaus zu billigende [78]) Entscheidung des Reichsgerichts,[79]) welche einem Dritten die Folgen einer zu gunsten der Partei ergangenen Entscheidung deshalb zu gute kommen lässt, weil das gegen den Dritten gerichtete Recht nur dann, wenn das gegen die Partei gerichtete Recht durchsetzbar wäre, eine Bedeutung haben würde, dieser Partei gegenüber aber nicht durchsetzbar ist, nachdem es ihr gegenüber rechtskräftig verneint wurde. Dass es sich hier nicht um Erstreckung der Rechtskraft handelt, betont das Reichsgericht ebenso entschieden wie zutreffend.[80])

IV. In anderen Fällen kann die blosse Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses von Einfluss auf die Rechtsstellung eines Dritten sein. Voraussetzung dafür ist, dass seine Rechtslage unmittelbar von derjenigen abhängig ist, in welcher sich die Partei des erledigten Prozesses zur Zeit des Urteils befindet. Besteht ein derartiges Abhängigkeitsverhältnis der Rechtsstellung des Dritten von derjenigen einer der Prozessparteien, so äussert es für ihn seine Wirkung auch mit Rücksicht auf die Folgen, welche das Urteil für die Partei hat.

1. Das bezeichnendste Beispiel gewährt § 129 I HGB.: dem Gesellschafter, der wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft belangt wird, sind alle „Einwendungen“ abgeschnitten, die die Gesellschaft nicht selbst erheben könnte.

Gesellschaft und Gesellschafter sind Gesamtschuldner.[81]) Dies allein

---

77) Näher begründet in Anspr. u. Klagr. S. 264/5. Eine Erstreckung der Rechtskraft enthält § 164 II KO. Vgl. a. a. O. S. 265 N. 29—32.

78) Vgl. Wach, Rechtskr. S. 29, 36. Fischer, Jahrb. 40 S. 192 findet die Entscheidung „nicht unbedenklich“.

79) Bei Bolze II Nr. 1379, ausführlicher wiedergegeben von Fischer a. a. O.

80) Über die schwierige Frage, ob ein Urteil, welches das von einem Gesamthänder eingeklagte anteilige Recht verneint, anstatt ihn wegen Mangels der Aktivlegitimation abzuweisen, den Genossen im Wege steht, wenn sie nun alle zusammen klagen, s. Anspr. u. Klagr. S. 202. Vgl. auch S. 314/5.

81) Die im folgenden zu Grunde gelegte prinzipielle Auffassung über die offene Handelsgesellschaft habe ich in Anspr. u. Klagr. S. 325 f. zu begründen versucht.



aber würde nach der Regel des § 425 BGB. nicht genügen, um die Vorfrage der Haftung der Gesellschaft dem Gesellschafter gegenüber bindend zur Entscheidung zu bringen, wie denn auch dem Ehemann, der für die Schulden der Frau haftet, das gegen die Frau ergangene Urteil nicht präjudiziert. Vielmehr enthält § 129 I HGB. in Verbindung mit § 128 einen besonderen Rechtssatz, der sich dahin formulieren lässt: alles was der Gläubiger von der Gesellschaft jetzt (zur Zeit der Urteilsfällung) fordern kann, das kann er auch von dem Gesellschafter verlangen, falls dieser keine persönlichen Einwendungen hat.[82]) Dass der Gläubiger aber von der Gesellschaft fordern kann, ist eine von niemanden zu bezweifelnde Thatsache, wenn ihre Verbindlichkeit bejaht ist.[83])

2. Der Vermieter einer Sache hat den Aftermieter oder einen sonstigen Dritten, dem der Mieter die Sache zum Gebrauch überliess, solange, aber auch nur solange zu dulden, als er den Mieter dulden muss.[84]) Der Aftermieter kann sich nicht darauf berufen, wenn der Mieter seinen auf längere Zeit geschlossenen Mietvertrag vorzeitig löst und dadurch dem Vermieter die Möglichkeit gibt, gegenüber dem Aftermieter geltend zu machen, dass das mit dem Aftermieter geschlossene Mietsverhältnis beendet ist. Die Stellung des Aftermieters hängt also in analoger Weise, wie in dem vorher betrachteten Gesellschaftsfalle, völlig von der gegenwärtigen Rechtsstellung des Mieters ab.[85]) Hieraus allein folgt, dass der Vermieter dem Aftermieter gegenüber sich darauf berufen

---

82) Ganz analog § 122 III u. IV des Genossenschaftsgesetzes. Ebenso auch die von Wach, H. I S. 626 Note 37 angeführten Fälle. Auch BGB. § 1659 lässt sich herherstellen. Eine prozessuale Konsequenz enthält § 746 CPO.: wer einen Vollstreckungstitel gegen das Kind hat, erleidet seitens des väterlichen Nutzniessers keine Einwendung über das Bestehen der Schuld.

83) Ist der Gesellschafter ausgeschieden, so haftet er nur auf das, was der Gläubiger zur Zeit seines Ausscheidens von der Gesellschaft zu fordern hatte. Deshalb präjudiziert ihm der nach dem Ausscheiden geführte Prozess nicht. § 128 HGB. steht nicht entgegen. Er hat nur die gegenwärtigen Gesellschafter im Auge.

84) BGB. § 556 III, entsprechend § 604 IV. Auf den Zusammenhang dieser Paragraphen mit § 986 I BGB. und § 76 CPO. habe ich in meinen Verträgen S. 421 hingewiesen.

85) Hat man auf grund seines Mutterrechts einem Dritten ein Recht eingeräumt, welches von dem Fortbestehen des Mutterrechts unabhängig ist (vgl. z. B. §§ 1071, 1276 BGB.), so berührt der Prozess über das Mutterrecht den Dritten nur nach den Ausnahmeregeln des § 325 I CPO. Der rechtsgültig eingetretene Bürge haftet notwendig dann, wenn die Hauptschuld besteht und er keine persönliche Befreiungsgründe hat. Aber da der Hauptschuldner die Lage des Bürgen rechtsgeschäftlich nicht verschlechtern kann, so ist es sehr wohl denkbar, dass dem Bürgen gegenüber dieselbe Frage, die dem Hauptschuldner gegenüber bejaht ist, verneint wird.



darf, wenn es rechtskräftig feststeht, dass der Mieter zu räumen hat.[86]) Dabei ist es gleichgültig, ob die Klage gegen den Aftermieter auf das Eigentum des Vermieters oder auf seinen mittelbaren Besitz gestützt wird. Um eine Erstreckung der Rechtskraft handelt es sich nicht. Diese ist nach der klaren Bestimmung des § 325 I CPO. davon abhängig, dass der Besitz nach Beginn der Rechtshängigkeit erworben wurde; sie tritt dann aber auch gegenüber jedem Besitzmittler im vollen Umfang ein und hat gemäss § 729 CPO. auch die Vollstreckbarkeit (gegen den Dritten) zur Folge. Alles das steht hier nicht in Frage. Ist der Mieter zur Räumung verurteilt und ist in diesem Prozess das Eigentum des klagenden Vermieters oder sein Niessbrauch oder sonstiges Recht an der Sache anerkannt, so berühren diese Feststellungen den Aftermieter in keiner Weise. Für ihn kommt nur in Betracht, dass der Aftermieter dem Kläger gegenüber nicht mehr den Fortbestand des Mietverhältnisses geltend machen kann.[87]) Ebenso schliesst unser Standpunkt nicht aus, dass der Aftermieter seinen Kontrahenten auf Schadensersatz belangt, wenn dieser schuldhaft den Verlust seines mit dem Vermieter geführten Prozesses verursacht hat.

3. Der eben erörterte Fall gibt zugleich ein Beispiel dafür, dass ein Dritter sich wegen des besonderen Abhängigkeitsverhältnisses, in welchem er zu der Prozesspartei steht, auf das zu ihren gunsten ergehende Urteil berufen kann. Hat z. B. der Mieter gegenüber dem Eigentümer ein sein Recht zum Besitze anerkennendes Urteil erstritten, so kann der Aftermieter sich darauf berufen, mag auch der Prozess mit dem Eigentümer erst nach der Aftervermietung begonnen haben. Der Grund ist: der Aftermieter kann dem Eigentümer in Beziehung auf jene Frage alle Einwendungen entgegensetzen, die sein Oberbesitzer gegen den Eigentümer hat und dazu gehört auch die Berufung auf die Rechtskraft.[88])

86) Wach, Rechtskr. S. 71 N. 1 wirft die Frage auf, ohne sie ausdrücklich zu beantworten. Er will sie aber offenbar bejaht wissen. (Verneinend Fischer S. 196.) Anders, wenn der Mieter und Aftermieter eine dingliche Rechtsstellung hat. Dann entscheidet das in Note 85 Gesagte.

87) Die Motive zu E. I BGB. Bd. I S. 377/8 ventilieren die Stellung des Besitzmittlers lediglich mit Rücksicht auf die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit. Ebenso Protokolle der I. Komm. Bd. I S. 258, Bd. VI S. 664. Die Frage des Textes wird nicht berührt.

88) Dass der mit dem § 556 III korrespondierende § 986 I Satz 1 BGB. in dieser Weise zu interpretieren ist, folgt daraus, dass der Aftermieter zur laudatio auctoris berechtigt ist und dass der den Prozess übernehmende Mieter (Aftervermieter) sich zweifellos auf das von ihm erstrittene Urteil berufen kann. Vgl. das Citat Note 84.

4. In derselben Weise ist die Stellung des dritten Pfandbesitzers,[89]) des Bürgen und aller derjenigen Personen zu beurteilen, welche als Gesamtschuldner „für“ die Schuld eines anderen haften.[90]) Zweifellos wird für den Bürgen die Einrede der Vorausklage peremtorisch und es kann der abgewiesene Gläubiger von dem Bürgen auch schon deshalb keine Zahlung verlangen, weil der Bürge — als Rechtsnachfolger des Gläubigers — nicht in der Lage wäre, die Existenz der Rechte zu behaupten, auf deren Übergang — gegen Zahlung — er ein Recht hat.[91]) Aber diese Wirkung, welche die Thatsache der rechtskräftigen Abweisung des Gläubigers zweifellos hat, ist es nicht allein, die in Betracht kommt. Vielmehr liegt es im Begriff der rein accessorischen Haftung, dass der Gläubiger von demjenigen, dessen Haftung adjekta est, niemals mehr fordern kann, als von dem Hauptschuldner.[92])[93]) Dass aber von diesem nichts gefordert werden kann, wenn er auch mit Unrecht freigesprochen ist und deshalb — nach dem hier vertretenen Standpunkt — noch schuldet, das ist eine Thatsache, die eben deshalb für jedermann gilt.

Dass in dieser Weise die Stellung des accessorisch haftenden Schuldners zu bestimmen ist, lässt sich aus dem Gesetz selbst erweisen. Denn § 129 I HGB. ergibt zweifellos, dass der Gesellschafter alle „Einwendungen“ geltend machen kann, die von der Gesellschaft selbst erhoben werden können.[94]) Dagegen spricht § 768 BGB. allerdings nur von den

89) BGB. §§ 1137, 1225.

90) So die Handelsgesellschafter, die Mitglieder einer Wirtschaftsgenossenschaft, der Ehemann im Falle des § 1388 und (in beschränkter Haftung) im Falle des § 1410 f. BGB.

91) BGB. § 774. Nicht entgegen § 426 II. Bei der gewöhnlichen — nicht accessorischen Gesamtschuld — geht zwar die Forderung auch auf den Zahlenden über. Aber die Haftung des einen tritt auch dann ein, wenn der andere von Anfang an nicht haftete oder später befreit wurde. Die eine Schuld bedingt nicht die andere. Hat der Gläubiger von dem anderen nichts zu fordern, so ist der eine eben Alleinschuldner.

92) Dieser Satz und der zu Note 82 aufgestellte sind nicht notwendige Korrelate. Sie treffen zusammen bei der Handelsgesellschaft und den Wirtschaftsgenossenschaften, während der bei Note 82 bezeichnete Satz bei den sonstigen accessorisch haftenden Schuldnern nicht gilt.

93) Im Resultat übereinstimmend die allgemeine Meinung in Theorie und Praxis. (Bolze 16 Nr. 501, Wach, Rechtskraft S. 24, 70 f., Fischer, Jahrb. 40 S. 175. Vgl. auch m. Anspr. u. Klagr. § 37 Note 23, § 44 Note 9, 27.) Ausdrücklich bestätigend Ges. v. 1. Mai 1889 über die Wirtschaftsgenossenschaften § 122 IV.

94) Nur gewisse Einreden, welche der Gesellschaft als peremtorische zustehen, geben dem Gesellschafter nur ein aufschiebendes Einrederecht. Vgl. § 128 II und III. HGB. mit der analogen Bestimmung des § 770, 1137, 1225 BGB. Weitere Fälle s. in m. Anspr. u. Klagr. S. 19 N. 44, S. 21 N. 50, S. 24/5.



den Bürgen zustehenden Einreden und diese bedeuten nur das Recht, die bis dahin geschuldete Leistung zu verweigern. Allein es dürfte nicht zu bezweifeln sein, dass dem Bürgen ebenso wie dem Handelsgesellschafter alle „Einwendungen“ des Hauptschuldners zustehen. Unter diesen Sammelbegriff fällt auch die Berufung auf die gegenüber dem Hauptschuldner — und nur ihm gegenüber — bestehende Rechtskraftwirkung.[95])

5. Auch die Stellung des fiduciarischen Rechtserwerbers bietet Veranlassung, in diesem Zusammenhang besprochen zu werden. Führt er im eigenen Namen einen Prozess über das ihm anvertraute Recht, so ist er die Partei. Gegen ihn macht deshalb das Urteil Rechtskraft in seinem Verhältnis zum Gegner, ebenso auch in dem Verhältnis des Gegners zu dem Fiducianten, letzteres aber nur dann, wenn ihm nach Erledigung des Prozesses das Recht zurückübertragen wird.[96]) Demnach kommt für unsere Untersuchung nur das Verhältnis des Fiduciars zu dem Fiducianten in Betracht und hier greift der von uns aufgestellte Gesichtspunkt Platz. Zwar kann keine Rede davon sein, dass das den Cessionar, der für Rechnung des Cedenten einziehen soll, abweisende Urteil im Verhältnis dieser beiden Personen Rechtskraft schaffe. Nimmt der Fiduciant den abgewiesenen Cessionar in Anspruch, weil die Forderung bestanden und der Kläger den Verlust des Prozesses in einer von ihm zu vertretenden Weise verschuldet habe, so kann der ersten Behauptung ebensowenig wie der zweiten der Einwand der Rechtskraft entgegengesetzt werden. Dem Cessionar, welcher den Kläger für seine Rechnung prozessieren liess, ist nur das unbedingt verwehrt, zu behaupten, dass das Gericht das ihm vorgelegte Prozessmaterial unrichtig beurteilt habe. Dagegen steht es ihm frei, ein Verschulden des Klägers daraus abzuleiten,

95) Für alle diejenigen, welche der Klagabweisung die Bedeutung beilegen, dass durch sie die Schuld untergeht, oder welche mit dem Begriff der Einrede der Rechtskraft als einer materiellrechtlichen Einrede agerieren, muss die Sache natürlich ganz zweifellos sein.

96) In anderer Weise kann der Fiduciant — gültige Übertragung vorausgesetzt — nicht wieder in Beziehung zu dem abgeurteilten Rechte treten. Im Falle der Rückübertragung aber ist er Successor des Cessionars, geradeso wie dann, wenn er sine causa cediert und den Anspruch auf Rückgängigmachung der ungerechtfertigten Bereicherung mit Erfolg geltend gemacht hat. Liegt eine Übertragung in Wirklichkeit nicht vor, ist z. B. die Cession eine simulierte, so fehlte dem Pseudocessionar die Sachlegitimation und das Urteil macht deshalb gegen den Cedenten nur dann Rechtskraft, wenn der Schuldner den Pseudocessionar als seinen Gläubiger ansehen durfte, d. h. nach Analogie der Grundsätze über den Erwerb vom Nichtberechtigten. Vgl. § 325 II CPO. in Verbindung mit §§ 407, 409 BGB.



dass dieser das Prozessmaterial unrichtig oder unvollkommen vorgelegt habe, wobei freilich das Verschulden davon abhängt, dass die nicht oder falsch vorgebrachten Thatsachen dem Kläger mitgeteilt oder ihm sowieso bekannt waren. Soweit aber eine haftbar machende mangelhafte Prozessführung des Cessionars nicht vorliegt, ist der Ausgang des Prozesses auch für das interne Verhältnis des Fiducianten und Fiduciars massgebend.[97])

Die Rechtslage ist also nach der besonderen Natur des zwischen den Beteiligten bestehenden Verhältnisses derjenigen analog zu behandeln, welche nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes im Falle der Nebenintervention und der Streitverkündigung stattfindet. Mit Recht leugnet hier eine vortreffliche Entscheidung des Reichsgerichts,[98]) dass in § 68 CPO. die Rechtskraft erstreckt sei. Denn dies folgt schon daraus, dass diese sich zweifellos lediglich auf die Entscheidung über das streitige Rechtsverhältnis bezieht, nicht aber auf die thatsächlichen Feststellungen und nicht auf die Entscheidung von präjudiziellen Rechtsfragen. Ist aber z. B. der Verkäufer zur Gewährleistung wegen Mängel verurteilt, so kommt gegenüber seinem Lieferanten, dem der Streit verkündet war, nicht die Entscheidung über jenen Gewährleistungsanspruch in Betracht, sondern über den Mangel, der als vorhanden angenommen wurde. Das ist inhaltlich etwas ganz anderes als die Rechtskraftwirkung.

Nicht nur nachteilig, sondern auch vorteilhaft kann dem Fiducianten das gegenüber dem Fiduciar erstrittene Urteil sein. Man nehme etwa den Fall, dass er die Verurteilung des angeblichen debitor cessus erlangte, nachdem das Gericht mit Unrecht die Verjährungseinrede des Beklagten verworfen hatte, und dass der Fiduciar die Rückcession oder Herausgabe der beigetriebenen Summe deshalb verweigern wollte, weil eine Schuld nicht bestanden habe. Hier kommt nicht die Rechtskraft, sondern der Gesichtspunkt in Betracht, dass er das, was er erlangt hat, kraft des Auftragsverhältnisses herausgeben muss. Ebenso wird es zu beurteilen sein,

97) Mit Recht nimmt deshalb RG.Entsch. 44 S. 376 an, dass der Fiduciant im Prozess des Fiduciars unbeeidigt zu vernehmen ist (CPO. § 393 N. 4) und man wird dies in allen hier zu besprechenden Fällen anzunehmen haben, in denen, wie das Reichsgericht zutreffend formuliert, der Rechts- und Pflichtenkreis des Dritten durch den Ausgang des Prozesses unmittelbar beeinflusst wird.

98) 1. Senat v. 4. November 1899 (Seufferts Arch. 55 N. 106). Gaupp-Stein, Note 12 zu § 322 meint mit Unrecht, dass das Reichsgericht die Rechtskraft nur der Form, nicht der Sache nach ablehne.



wenn der Käufer über das von einem Dritten behauptete Recht, dessen Bestehen den Verkäufer regresspflichtig machen würde, einen siegreichen Prozess geführt hat und nun trotz der Abweisung des Dritten gegen den Verkäufer Regress nehmen will. Ist durch die Zurückweisung des Dritten der Eintritt eines Schadens verhütet, so kann er auch von dem gewährleistungspflichtigen Verkäufer keinen Schadensersatz fordern.[99])

V. In den Erörterungen über die subjektive Begrenzung der Rechtskraftwirkung wird vielfach auch der § 75 CPO. besprochen. Die m. E. zutreffende Auslegung dieser Bestimmung wurde an anderem Orte [100]) zu geben versucht; es wird deshalb nur kurz das Ergebnis rekapituliert. — Hat der Beklagte den Betrag der Forderung unter Verzicht auf das Rücknahmerecht hinterlegt, so wird er gegenüber den zwei oder mehreren Prätendenten befreit. Stand die Klagforderung einem von ihnen zu, so ist sie durch Befriedigung gemäss § 378 BGB. untergegangen und der Beklagte hat gegenüber jedem von jenen Prätendenten [101]) in allen Fällen materiellrechtlich den Einwand der Tilgung. Ist er aber durch Urteil aus dem Streit entlassen,[102]) so hat er prozessual den Einwand der Rechtskraft und zwar nicht nur gegenüber dem ursprünglichen Kläger, sondern auch gegenüber dem eingetretenen Prätendenten. Denn der Eintritt hat die Bedeutung einer Klagerhebung. — Die Entscheidung in dem Prätendentenstreit ist die Entscheidung der Frage,

99) Hat der Käufer weiterveräussert und wird die von seinem Abnehmer angestellte Mängelklage rechtskräftig abgewiesen, so ist die Unzulässigkeit seines Regresses gegen seinen Lieferanten evident, wenn er die Kaufsache nicht zurückgeben kann. Würde sie nun bei dem Abnehmer durch Zufall untergehen, so handelt er arglistig, soweit er den Kaufpreis von seinem Lieferanten zurückfordert und zugleich das von dem Abnehmer gezahlte Geld behält. Dass es sich aber nicht um Rechtskraftwirkung handelt, zeigt sich, wenn wir annehmen, dass er das Geld dem Abnehmer zurückerstattet. Würde ihm von dem Lieferanten entgegengehalten, dass er sich den Schaden selbst zugefügt habe, so würde er erwidern, dass er nicht Schadensersatz fordert, sondern von seinem, lediglich durch die Thatsache der Mangelhaftigkeit bedingten Wandlungs- oder Minderungsrecht Gebrauch mache.

100) Anspr. u. Klagr. S. 421/3.

101) Nicht gegenüber einem anderen Prätendenten. Denn die Hinterlegung geschieht nicht allgemein zu gunsten des Gläubigers, sondern desjenigen von den am Prozess Beteiligten, der sich in ihm als der Gläubiger in der — durch die Hinterlegung untergegangenen — Klagforderung erweisen wird. Das ist eine Besonderheit des § 75 CPO., dass solche Hinterlegung gestattet und mit der Wirkung des § 378 BGB. bekleidet ist.

102) Ein solches Urteil braucht nicht zu ergehen. Der Austritt des Beklagten kann sich auch im Einverständnis aller Teile vollziehen.

wem „der (hinterlegte) Betrag zuzusprechen ist“, d. h. wer der Gläubiger in der durch die Hinterlegung (Vertrag auf Leistung an Dritte) entstandenen neuen Forderung ist. Sie ist also keine Entscheidung über die ursprüngliche Klagforderung, deren Bestandenhaben nur die Vorfrage für den rechtskraftfähigen Inhalt des Endurteils ist. Schon aus diesem Grunde muss m. E. der § 75 CPO. bei der Frage über die subjektiven Grenzen der Rechtskraft ausser Betracht bleiben.[103])

Scheidet man alle die Fälle der erörterten Art aus,[104])[105]) so vereinfacht und klärt sich die Frage nach der singulären Ausdehnung der Rechtskraftwirkung derart, dass die Detailbestimmungen unserer neuen Gesetze sich unter wenige sehr einfache Gesichtspunkte bringen lassen, und die Prinzipien, nach denen viele andere im Gesetze nicht ausdrücklich geregelte Fälle zu entscheiden sind, leicht entwickelt werden können.

---

103) Wach, Rechtskr. S. 23/4, 39 f., 95 f. benutzt den § 75 CPO. zur Unterstützung des Prinzips, dass abgeleitete bedingte Rechtsverhältnisse durch die rechtskräftige Entscheidung der bedingenden Frage oder des Ursprungsverhältnisses mit bestimmt werden, soweit es sich nicht um Rückwirkung handele, und unter der Voraussetzung, dass das Urteil zwischen den zur Sache Legitimierten ergangen sei (S. 20, 85, 116 f.). Dieser Satz geht m. E. zu weit. Er ist richtig nur in der ihm in den vorstehenden Erörterungen gegebenen Begrenzung. Zur Begründung muss auf dieselben Bezug genommen werden. Hier darf noch auf meine Ausführungen in Anspr. u. Klagr. S. 420 f. und auf folgendes Argument hingewiesen werden. Wenn die zwischen Ehegatten und Eltern und Kindern ergehenden Feststellungsurteile Rechtskraft für und gegen alle machen (CPO. §§ 629, 643), so beruht dies m. E. nicht allein darauf, dass die in solchen Prozessen stehenden Parteien die Subjekte eines Rechtsverhältnisses sind, welches sich als das bedingende gegenüber den aus ihm abgeleiteten Rechtsverhältnissen der dritten Personen darstellt, sondern ist ebenso bedingt durch die Eigentümlichkeiten der besonderen Prozessart, welche eine objektiv-richtige Entscheidung garantieren sollen. Ein schlagendes Argument hierfür liefert § 644 CPO. Danach ist eine Ausdehnung der Rechtskraft bei Prozessen, welche das Bestehen oder Nichtbestehen der unehelichen Vaterschaft betreffen, ganz bestimmt ausgeschlossen, während nach dem Sächs. BGB. § 1865/5 der Ausgang eines Prozesses, den die Mutter gegen den angeblichen Schwängerer führt, für und gegen das Kind wirkt (und ebenso umgekehrt). Das ist offenbar keine Ausnahme von einer Regel (im Wachschen Sinne), sondern die Anwendung der Regel des § 325 CPO. — Über die Sachlegitimation vgl. Anspr. u. Klagr. S. 128 f., 182—346, 432 f., 476 N. 73, 481/2, 488 f.

104) Sie erschöpfend aufzuzählen, lag natürlich nicht in unserer Absicht.

105) Dass alle konstitutiven Urteile ausser Betracht zu bleiben haben, wird nur deshalb nochmals hervorgehoben, weil in den litterarischen Erörterungen mehrfach solche Urteile angezogen werden.



Kapitel II.

Die Erstreckung der Rechtskraft auf Dritte.

§ 4.

I. Partei und Stellvertretung.

Bevor die Fälle, in denen sich die Rechtskraft des Feststellungsurteils über die Parteien hinaus erstreckt, betrachtet werden, sind einige allgemeinere Fragen zu erörtern.

I. Zunächst bedarf es einer kurzen Bezeichnung des Standpunkts, der hier bezüglich des Parteibegriffs eingenommen wird.

1) Partei eines Prozesses ist[1]) als Kläger derjenige, der selbst oder durch einen Vertreter Rechtsschutz nachsucht. Der richtige, zur Sache legitimierte Kläger ist er, wenn ihm das geltend gemachte Klagrecht zusteht. Dies hängt von dem Gegebensein der materiellen und prozessualen Klagvoraussetzungen ab. Regelmässig, keineswegs aber ausnahmslos ist klagberechtigt das Subjekt des geltend gemachten Rechts. Es gibt auch Fälle, in welchen ein Dritter befugt ist, das Recht eines anderen im eigenen Namen geltend zu machen. Der Inhaber eines solchen Verwaltungsrechts klagt nicht aus diesem, sondern es ist der

1) Dies ist keine Rechts-, sondern eine Thatfrage. Sie ist aus der Klagschrift zu beantworten. Ist „die X.sche Konkursmasse, vertreten durch Kaufmann A. als den Konkursverwalter“, als Partei bezeichnet, so ist die Masse als Partei aufgetreten und nicht A. Eine gleichbedeutende Bezeichnung ist es, wenn A. „als Konkursverwalter“ klagt, ebenso wie wenn B. „als Vormund des Z.“, „als Testamentsvollstrecker“, „als Nachlassverwalter“ aufgetreten ist. Über „unrichtige Parteibezeichnung“ (infolge Irrtums, Angabe eines Verstorbenen u. s. w.) handelt Weizsäcker, Z. f. C. 27 S. 20f.

Grund, weshalb er das Recht des Dritten zum Prozessgegenstand machen kann.[2]) Hierher gehören der Ehemann im Falle des § 1380, 1443, die Ehefrau im Falle des § 1450, der überlebende Ehegatte im Falle der allgemeinen Gütergemeinschaft (§ 1487 BGB.).[3])

2) Partei als Beklagter ist derjenige, dem gegenüber Rechtsschutz nachgesucht wird. Der richtige, passiv legitimierte Beklagte ist er, wenn er nach dem Prozessrecht derjenige ist, gegen welchen die Verhandlung über das dem Kläger zustehende Klagrecht geführt werden muss. Das ist bei dem Klagrecht wegen Ansprüchen (auf Leistung) der Schuldner, bei Feststellungsprozessen derjenige, dem gegenüber das Feststellungsklagerecht begründet ist, weil der Kläger ihm gegenüber ein Feststellungsinteresse hat,[4]) bei Klagen auf Rechtsänderung regelmässig, aber nicht ausnahmslos das Subjekt des zu ändernden Rechtsverhältnisses.[5]) An Stelle des Beklagten kann auch hier wiederum ein Dritter Partei sein, wenn er das Recht hat, im eigenen Namen das Vermögen des sonst zu Beklagenden zu verwalten.[6])

II. Wurde der Prozess durch einen Stellvertreter geführt, so wird heute das Urteil direkt auf den Namen des Vertretenen gestellt. Demnach ist es ganz selbstverständlich, dass das Urteil für und gegen diese Partei Rechtskraft wie Vollstreckbarkeit wirkt. Die negative Seite dieses Satzes ist ebenso selbstverständlich die, dass das Urteil für den Vertreter weder in seinem Verhältnis zum Gegner, noch zu der vertretenen Partei die Urteilswirkung besitzt.

Als Vertreter im Sinne der aufgestellten Regel gilt nur derjenige, welcher im Namen eines anderen aufgetreten ist, sei es als Bevollmächtigter, sei es als gesetzlicher Vertreter, oder als der wie ein solcher zu behandelnde [7]) Vorstand einer juristischen Person oder des einer solchen

---

2) Vgl. unten § 8, B, II, 1.

3) In allen diesen Fällen der Gütergemeinschaft macht der Kläger teils das eigne, teils das Recht der anderen Gemeinschafter „im eigenen Namen" (§ 1443) geltend.

4) Also keineswegs notwendig das Subjekt des streitigen Rechtsverhältnisses. Können doch auch dingliche Rechte Gegenstand der Feststellung sein! Näher Anspr. u. Klagr. S. 432 f.

5) Vgl. näher Anspr. u. Klagr. § 58 bezüglich der Passivlegitimation bei Klagen auf materielle Rechtsänderung, § 59 bezüglich der prozessualen Widerspruchsklagen.

6) Als hierher gehörige Fälle kommen in Betracht: BGB. § 1443, 1487, HGB. 696 II, 698 III, 761 II (Schiffer — Rheder).

7) BGB. § 26 II. Ein besonderer Fall dieser Art ist die Bestellung eines Vertreters seitens der Besitzer von Schuldverschreibungen nach Massgabe des RG. v.

gleichstehenden selbständigen Sondervermögens; sei es als ein solcher gesetzlicher Vertreter, der lediglich kraft Amtspflicht handelt, sei es als solcher, der ein Recht zu der die Stellvertretung in sich schliessenden Verwaltung hat. Ein solches nur unter bestimmten Voraussetzungen entziehbares Verwaltungs*recht* steht dem Vater kraft seiner elterlichen Gewalt zu,[8]) ebenso dem Testamentsvollstrecker hinsichtlich des Nachlasses[9]) (namentlich dann, wenn ihm das Recht der Verwaltung im Sinne des § 2209 BGB. eingeräumt ist),[10]) endlich auch dem nach dem Gesellschaftsvertrag ausschliesslich zur Vertretung der Handelsgesellschaft befugten Gesellschafter.

Gleichgültig ist ferner für die Urteilswirkung, ob derjenige, welcher

---

4. Dezember 1899. Trotzdem das Gesetz in § 14 ihn ausdrücklich als gesetzlichen Vertreter bezeichnet, betrachtet ihn *Schott*, Armenrecht, S. 72, als Partei.

8) Er prozessiert im *Namen* des Kindes (§ 1630) und hat — im Gegensatz zu dem Ehemann, § 1380 — nicht etwa die Rechte des Kindes im eigenen Namen geltend zu machen. Auch als Nutzniesser kann er nicht etwa in der Art, wie der Niessbraucher, klagen, ausser soweit es sich um die ihm *zugefallenen* Nutzungen handelt. (Das folgt zweifellos aus § 1652. Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 303.) Deshalb steht dem Vater das gegen ihn im Namen des Kindes ergangene Urteil nicht entgegen, wenn er später im eigenen Namen prozessiert. (Ist z. B. der Sohn, vertreten durch den Vater, aus nützlicher Geschäftsführung verurteilt, so kann der Vater trotzdem die Nützlichkeit der Geschäftsführung leugnen, wenn er deshalb selbst verklagt wird.) Anderer Meinung R. *Schmidt*, Änderungen S. 111 Nr. 2 in Missverständnis von § 746 CPO., der nicht, wie er meint, eine rein positivrechtliche Ausnahme, sondern die prozessuale Konsequenz des § 1659 BGB. enthält und nicht nur dann, wenn der Vater Nutzniesser, aber nicht Verwalter ist und wenn ein Pfleger prozessiert hat, sondern auch bei allen anderen Vollstreckungstiteln (ausser Urteilen) gilt. Dies übersieht die Denkschrift zur Prozessnovelle § 670 m, ebenso *Schmidt* a. a. O. Note 2, der auf „das persönliche Zusammenfallen des gesetzlichen Vertreters der Partei und des dritten Interessenten" abstellt, und *Schott*, Armenrecht S. 70. § 746 sagt nichts weiteres, als dass die Eltern gegen die Zwangsvollstreckung kein Widerspruchsrecht (§ 771 CPO.) haben. Das folgt aber schon aus § 1659 BGB.

9) Nicht bezüglich des Erben. Denn diesen vertritt er überhaupt nicht. Er prozessiert alieno nomine, als Vertreter des Nachlasses. Wie ihn persönlich die Verurteilung dieses selbständigen Sondervermögens nicht berührt, so hindert ihn auch die Abweisung, welche die Vindikation des Nachlassrechts gefunden hat, keineswegs, dasselbe Recht im eigenen Namen geltend zu machen. In *dieser* Beziehung ist es nicht anders wie beim Vormund. Das Besondere liegt lediglich in dem Verhältnis des Nachlasses zu dem Erbenvermögen und in dem Einfluss, welchen der Nachlassprozess für dieses hat. Vgl. unten § 8, B II, 3.

10) Ist ihm zugleich der Niessbrauch hinterlassen und *ist dieser bestellt worden* (§ 1085 BGB.), so hat er die Wahl, ob er im Namen des Nachlasses (als Testamentsvollstrecker) oder im eigenen Namen (als Niessbraucher) klagen will. Der Prozessgegenstand ist bei den Fällen ganz verschieden, vgl. Anspr. u. Klagr. S. 223/3 und unten § 8 S. 57 f.



im Namen eines anderen als dessen Bevollmächtigter oder als gesetzlicher oder einem solchen gleich zu behandelnder Vertreter den Prozess geführt hat, die Vertretungsmacht besass. In Übereinstimmung mit dem bürgerlichen Recht ist zwar bei der Prozessführung das, was der falsus procurator oder tutor selbst that, für den Vertretenen nur dann von Bedeutung, wenn der Vertreter Vertretungsmacht hatte oder die Genehmigung nachfolgt.[11]) Aber die Wirkung des Urteils, welches durch die Prozesshandlungen eines falsus procurator oder tutor veranlasst wird, tritt trotzdem ein und besteht so lange, bis sie im Wiederaufnahmeverfahren (§ 579 Nr. 4) beseitigt ist. Das Urteil schöpft seine bindende Kraft nicht aus der Thätigkeit der Parteien und der Vertretungsmacht derer, die in ihrem Namen handelten, sondern aus der Autorität der höchsten Staatsgewalt, in deren Namen der Richterspruch erfolgt ist.[12])

III. Für die Frage, ob der Prozessführer Partei oder Vertreter ist, ist, wie nochmals betont werden darf, lediglich das entscheidend, ob er in dieser oder jener Rolle aufgetreten ist.

Völlig gleichgültig für die Rechtskraftwirkung ist es einerseits, ob der Vertreter ein eigenes Interesse an dem Ausgang des Prozesses hat, den er im Namen des Berechtigten oder Verpflichteten führt.[13]) Der heutige Vertreter in rem suam unterscheidet sich nach aussen hin in keiner Weise von dem Bevollmächtigten, der ausschliesslich für fremde Rechnung prozessiert. Wie aus seiner Person mit Rücksicht auf sein Auftreten als Vertreter materiellrechtlich keinerlei Rechtsbehelfe abgeleitet werden können,[14]) so berührt ihn auch die Rechtskraft-

---

11) CPO. §§ 89 II, 579 Nr. 4.

12) Deshalb ist es von so grosser Bedeutung, die Fälle, in denen die Vertretungsmacht von vornherein fehlt oder nachträglich wegfällt, von den Fällen zu unterscheiden, in denen die Sachlegitimation in Frage steht. Vgl. unten § 8.

13) Beispiel: Der Kommittent klagt mit Vollmacht des Kommissionärs die diesem zustehende Forderung ein (HGB. § 392). Der Rechtsanwalt des Klägers soll die eingeklagte Summe zur Deckung einer Schuld in Empfang nehmen und behalten. Bei einem Vertrag auf Leistung an Dritte klagt der Dritte, der zur Empfangnahme der Leistung nur ermächtigt, nicht aber berechtigt ist, im Namen des Versprechensempfängers. — Der verklagte Schuldner hat die Schuld für Rechnung eines Dritten kontrahiert. Dieser Dritte verteidigt den Schuldner als dessen Bevollmächtigter.

14) Soweit gegen die klagende Partei aus ihrem Verhältnis zu einem Dritten eine Einwendung abgeleitet werden kann, ist dies natürlich auch zulässig, wenn der Dritte als ihr Bevollmächtigter handelt. (Seine Vertreterqualität bleibt aber dabei völlig irrelevant.) Man nehme etwa als Beispiel, dass der Kommittent vor Abtretung der Kommissionsforderung mit dem beklagten Schuldner eine Vereinbarung über die



wirkung des Urteils im Verhältnis zu dem Prozessgegner[15]) nicht etwa deshalb, weil er den Prozess als Vertreter geführt hat.[16])

Anderseits hat auch das interne Verhältnis desjenigen, der als Partei den Prozess auf fremde Rechnung führt, niemals die Wirkung, dass es als solches eine Erstreckung der Rechtskraft auf den dritten Interessenten herbeiführt. Hat der Kläger eine ihm cedierte Forderung suo nomine eingeklagt, so ist er Subjekt sowohl des materiellen streitigen Rechtsverhältnisses, wie des Prozessverhältnisses. Er ist es gerade so sehr, wie der Eigentümer oder sonstwie Berechtigte, ganz ohne Rücksicht darauf, zu welchem Zweck ihm das streitige Recht übertragen wurde. Auch wenn er Fiduciar ist oder aus einem anderen Grunde[17])

Schuld getroffen hat. Auf einer solchen Erwägung beruht wohl auch die Entscheidung des RG. 39 S. 167. Der dort entschiedene Fall unterscheidet sich von dem vorigen Fall dadurch, dass eine fiduciarische Cession vorlag und der klagende Cessionar die Aktivlegitimation durch einen von dem Dritten beliebig rückgängig zu machenden Rechtsakt erhalten hatte. Der Kommittent war niemals Gläubiger in der Kommissionsforderung, er kann aber verlangen, dass er es wird; der Fiduciant war Gläubiger, er ist es nicht mehr, kann aber verlangen, dass er es wieder wird. Man darf aber daraus, dass eine Cession zu Inkassozwecken gegeben wird, noch nicht den Schluss ziehen, dass das Gläubigerrecht trotz der Cession dem Cedenten verbleiben sollte. Dann läge eben keine Cession vor. Die Möglichkeit, dass der Fiduciant (Cedent) vor der Rückcession dem Cessionar die Einklagung unmöglich machen kann, lässt sich lediglich aus dem Gesichtspunkt der Arglist rechtfertigen. Ob eine solche in dem vom RG. a. a. O. beurteilten Fall wirklich vorliegt, lässt sich nicht beurteilen. Daraus allein, dass er „kein eigenes Interesse" an der Geltendmachung der Forderung hat, lässt sie sich jedenfalls nicht ableiten. Der Gläubiger in einer fälligen Forderung braucht keine Rechenschaft über sein Interesse an der Einklagung zu geben.

15) Eine andere Frage ist, ob ihn nicht das Urteil nach Analogie des oben S. 31,2 betrachteten Falles in seinem Verhältnis zu der Partei berührt. Diese Frage kann sehr wohl zu bejahen sein.

16) Denkbar ist es, dass der Vertreter ein solcher Dritter ist, auf welchen die Rechtskraft sich aus anderen Gründen erstreckt, so z. B. wenn der Erbe als Bevollmächtigter des Testamentsvollstreckers den Prozess führt, wenn der Erwerber der streitigen Forderung (§ 265 CPO.) im Namen des Cedenten aufgetreten ist.

17) Z. B. als Kommissionär im Sinne des HGB. oder als ein Versprechensempfänger, der ausschliesslich für Rechnung des Dritten die Leistung an diesen ausbedungen hat (so z. B. der Absender einer dem Adressaten gehörigen oder doch auf seine Gefahr stehenden Ware, oder derjenige, der eine Seeversicherung für fremde Rechte genommen hat und als Kaufmann deshalb als Kommissionär zu betrachten ist, vgl. hierüber und gegen RG. in Seuff. Arch. 47, N. 223 m. Vertr. auf L. an Dritte S. 581/9, nam. 586/7), umgekehrt aber auch der auf Erfüllung klagende Dritte, für welchen eine Leistung bedungen ist, an welcher lediglich der Versprechensempfänger ein wirtschaftliches Interesse hat (so z. B. wenn der Student seinen Koffer an die Adresse seiner Wirtin absendet). Ferner gehört hierher der fiduciarische Vollindossatar, während der (äusserlich als solcher bezeichnete, Art. 17 WO.) Prokuraindossatar nach der konstanten Praxis



für Rechnung eines Dritten handelt, ist er und er allein der Berechtigte und die Prozesspartei. Das Urteil macht also nur für und gegen ihn selbst Rechtskraft,[18]) gegenüber demjenigen, für dessen Rechnung der Prozess geführt wurde, aber nur dann, wenn einer der gesetzlichen Ausnahmsfälle vorliegt. Dazu gehört insbesondere der Fall, dass das Recht nach Eintritt der Rechtshängigkeit durch Rechtsnachfolge auf den Interessenten übergeht.

Im Gegensatz zu dieser Auffassung betrachtet Gaupp-Stein[19]) den Fiduciar und die anderen gleichstehenden Personen[20]) zwar als Prozesspartei, aber nicht weil, sondern obgleich sie nicht Subjekte des streitigen Rechtsverhältnisses seien.[21]) In der Rechtskraftslehre sollte man nun erwarten, dass die Konsequenz im obigen Sinne gezogen würde. Aber hier wie bei anderen Gelegenheiten zeigt sich die ganze Haltlosigkeit des neuen Parteibegriffs. Unter der Rubrik „weitere reichsgesetzliche (!) Fälle der erweiterten Rechtskraft“ werden auch die vorher aufgeführten als solche bezeichnet, in denen aus dem Gesichtspunkt der „Repräsentation“ das Urteil im Prozesse des „Vertreters“ — als solcher figuriert jetzt der früher als Partei Bezeichnete Fiduciar Kommissionär u. s. w. — Rechtskraft erlangt gegenüber dem „Vertretenen“. Als solcher wird nun in diesem Zusammenhang aufgeführt nicht nur der Inkassogiratar, sondern auch der Vollindossatar mit Inkassoauftrag[22]) und der fiduciarische Cessionar!

des ROHG. (22 N. 40) und des RG. (27 N. 29) nur im Namen des Indossanten klagen kann und, wenn er es thut, diesen zur Partei macht.

18) Über die andersartige Reflexwirkung, welche das Urteil haben kann, s. oben S. 31 f.

19) Vorbemerkung I, b) vor § 50 (S. 129).

20) Vgl. Note 17.

21) S. 111 verbis: „Daneben sind vom Gesetze als Parteien anerkannt“. Er lehrt, dass „der Beauftragte Partei ist, und dass insbesondere die Aufdeckung des fiduciarischen Rechtsverhältnisses nicht bewirkt, dass der Auftraggeber von nun an als Partei zu gelten habe“. Das ist richtig, aber nicht etwas besonderes, wie Stein anzunehmen scheint, sondern die ganz selbstverständliche Konsequenz davon, dass der „Auftraggeber“ nur durch Rechtsübertragung Gläubiger werden kann, so dass § 265 CPO. Platz greift. Übrigens darf bemerkt werden, dass der Auftragsbegriff in prozessualen Erörterungen ebensowenig wie in materiellrechtlichen dazu verwendet werden darf, um die Stellung desjenigen, der für einen anderen ein Geschäft besorgt, nach aussen hin zu bezeichnen. Nach aussen kommt er entweder als Vertreter oder als Ersatzmann in Betracht.

22) Über die Rechtskraftfrage in diesem Falle vgl. unten Kap. III. Soweit Erstreckung stattfindet, resultiert sie aus dem Grunde der Rechtsnachfolge.



Hier sieht man zunächst die Folgen der unrichtigen civilistischen Auffassung des Fiduciars, an dessen Eigenschaft als Subjekt des ihm übertragenen Rechts doch im Ernste nicht gezweifelt werden kann. Sodann aber sind hier nicht „reichsgesetzliche" Fälle erweiterter Rechtskraft in Frage, sondern zum Teil solche, in denen die Erstreckung direkt dem Gesetze widerspricht. Das ist allerdings richtig, dass der Ehemann mit Wirksamkeit gegen die Ehefrau, der Testamentsvollstrecker mit Wirksamkeit gegen den Erben prozessiert, aber keineswegs aus dem Gesichtspunkt der Vertretung,[23]) sondern kraft ihres Rechts zur Verwaltung fremden Vermögens und nur in dem Umfange, in denen es ihnen zusteht. Behauptet man über die Fälle dieser Art hinaus die Erstreckung der Rechtskraft in den oben besprochenen sog. Repräsentationsfällen, so ist dies eine völlig unbegründete Aufstellung, mit der man sich einfach über das Gesetz hinaussetzt.[24])

Die Bezugnahme von Gaupp-Stein auf mehrere Entscheidungen des Reichsgerichts[25]) ist nicht geeignet, die bekämpfte theoretische Auffassung, die konsequent durchgeführt zu dem von Schott (Note 24) angenommenen Resultat führen muss, zu beweisen oder auch nur zu unterstützen. Denn jene Entscheidungen gehen sämtlich davon aus, dass der fiduciarische Cessionar und der nur zum Zweck der Einziehung zum Wechselgläubiger gemachte Indossatar Subjekt der eingeklagten Forderung und Partei im echten alten Sinne, nicht etwa Partei im Sinne der modernen Lehre sind, die je nach Bedürfnis dieselbe Person an der einen Stelle als Partei und an der anderen Stelle als Vertreter oder etwas verschämter als Repräsentant bezeichnet.[26])

---

23) Vgl. oben S. 35/6 und unten § 8.

24) Sehr leicht macht sich die Motivierung Schott, Armenrecht S. 62. „Treten Parteien für fremde Rechnung auf, so ist freilich selbstverständlich (!), dass die rechtlichen Folgen des Prozesses, wie Rechtskraft, Kosten und dergleichen nicht sie persönlich treffen."

25) Die Entscheidung in Bd. 44 S. 377 handelt von der Reflexwirkung im Sinne der Note 97 (oben S. 32). Die sich mit der Praxis des ROHG. (7 N. 19) in Widerspruch setzende Entscheidung in Bd. 36 S. 55/6 ist richtig, aber unzutreffend begründet, vgl. unten Kap. III; die E. Bd. 43 S. 40 nimmt lediglich auch auf die Entscheidung Bezug.

26) Vgl. auch § 7 II.



§ 5.

II. Objektive und subjektive Identität.

I. Nach Reichsrecht ist es zweifellos, dass die Rechtskraft sich nur auf die Entscheidung über die durch den Klagantrag zur Aburteilung gestellte Rechtsbehauptung, nicht aber auf präjudizielle Rechtsverhältnisse und noch weniger auf thatsächliche [1]) Feststellungen bezieht. Ist nun die Rechtskraft eines Urteils auf einen Dritten erstreckt, so kommt dies in dem zweiten Prozess nur dann in Betracht, wenn die jetzt zu entscheidende Rechtsfrage [2]) dieselbe ist, wie die in dem ersten Prozess rechtskraftsfähig entschiedene. Im übrigen aber ist es in einem zweiten Prozess gleichgültig, ob die in einem früheren Prozess beurteilten thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse dieselben sind, wie diejenigen, über die nunmehr wiederum zu entscheiden ist. Solche Punkte, über die zwischen den Parteien selbst gemäss § 322 CPO. keine Rechtskraft erwächst, können auch Dritten gegenüber nicht wegen Rechtskrafterstreckung unbestreitbar sein. Diese setzt also die sog. objektive Identität der rechtskraftsfähig entschiedenen und jetzt wiederum zu entscheidenden Streitfrage voraus. Die objektive Identität fehlt nicht nur, wenn das Rechtsverhältnis, dessen Bestehen oder Nichtbestehen jetzt in Frage steht, ein anderes als das entschiedene ist, sondern auch dann, wenn sie zwar scheinbar identisch sind, wenn aber nach der Verhandlung, auf der das erste Urteil beruht, neue Thatsachen eingetreten sind, infolge deren die geschehene Feststellung nicht mehr zutrifft.

Es gibt einige Fälle, in denen die Rechtskrafterstreckung eine besondere Bedeutung hat.[3]) Aber diese sind durchaus singulär. Im allgemeinen ist anzunehmen, dass die Rechtskrafterstreckung auf dritte Personen nur die Bedeutung hat, dass ihnen gegenüber die Unbestreitbar-

---

1) Mit Rücksicht hierauf ist die Urteilswirkung auf den Nebenintervenienten und Litisdenunziaten keine Erstreckung der Rechtskraft. Vgl. oben S. 32 Note 98.

2) Sie kann in dem zweiten Prozess entweder als die Hauptfrage oder als Vorfrage in Betracht kommen, so z. B. wenn in dem Prozess gegen den Testamentsvollstrecker die persönliche Schuld bejaht war und der Erbe jetzt mit der Pfandklage belangt ist. — Über den Sinn, in welchem die „Rechtsfrage" hier genommen wird, vgl. oben S. 11 Note 28.

3) Vgl. unten § 8, A, II, III.

keit der Urteilsfeststellung eintritt, obwohl die jetzigen Parteien von den Parteien des ersten Prozesses verschieden sind.

II. Im Verlauf der späteren Darstellung wird auf diesen Gesichtspunkt öfters hinzuweisen sein. In diesem Zusammenhang mögen folgende Anwendungen hervorgehoben werden.

Nach dem ersten Entwurf entsprach die Klage des Ehemanns der actio confessoria, und in Plancks Kommentar (zu § 1380) wird diese Auffassung auch für das geltende Recht vertreten.[4]) Und doch soll aus dem Urteil, welches die Klage des Ehemanns wegen Verneinung des Eigentums der Frau zurückweist, unter Umständen Rechtskraft gegen die Frau erwachsen und zu dem Resultat führen, dass das Eigentum von der Frau nicht behauptet werden kann. — Zu den Personen, die, ohne Subjekt des materiellen streitigen Rechtsverhältnisses zu sein, „kraft eigenen Rechts oder eines eigenen Interesses daran zu seiner prozessualen Geltendmachung befugt sind", zählt Gaupp-Stein[5]) neben dem Ehemann, der in der That kraft seines Verwaltungsrechts über das Recht der Frau prozessieren kann, auch den Pfandgläubiger und den Niessbraucher.[6])

Wäre diese Auffassung richtig, so wäre die notwendige Konsequenz, dass in dem Prozess des Niessbrauchers über das Eigentum und nicht über den Niessbrauch entschieden würde. Dann wäre allerdings eine Erstreckung der Rechtskraft auf den Eigentümer möglich.[7]) Aber woher sollte nun die Rechtskraft über Pfandrechts- und Niessbrauchsverhältnisse kommen?

Die Sache liegt doch sehr klar. Wie die von Stein selbst citierten Paragraphen (z. B. § 1065) ganz deutlich ergeben, macht der Niessbraucher die Ansprüche geltend, die entstehen, wenn „das Recht des Niessbrauchers beeinträchtigt wird". Über die aus Niessbrauch und Pfandrecht entstehenden Ansprüche wird entschieden, nicht aber über

4) Über die m. E. richtige Auslegung des § 1380 BGB. vgl. unten § 8 B II. 1.

5) Bd. I S. 129 α.

6) Ähnlich früher Eccius bei Gruchot 34 S. 188 (der Pfandgläubiger klagt „in Verwaltung des Vermögens des Vollstreckungsschuldners"). — Auch den Vorerben zählt Stein (nach Note 35 zu § 325) zu denen, die „über fremdes materielles Recht streiten". Vgl. dazu unten Kap. III § 32 3.

7) Auf S. 736 (nach Note 35 zu § 322) gedenkt Stein unter dem „Teil der Fälle", in denen Erstreckung stattfindet, unseres Falles nicht. Das „insbesondere" lässt aber in Verbindung mit dem auf S. 111 unter a) Gesagten leicht Missverständnisse entstehen.



das Recht des Bestellers, welches sogar fehlen kann, ohne dass dadurch die Entstehung des Pfandrechts gehindert werden müsste.[8]) Wie die Rechte des Bestellers und des Pfandgläubigers ganz selbständig nebeneinanderstehen, so ist auch ihr Recht zur Prozessführung selbständig und von einander unabhängig.[9])

Diese Grundsätze gelten auch beim Niessbrauch und Pfandrecht an Forderungen, gemäss § 804 CPO. auch beim Pfändungspfandrecht. Der Forderungsniessbraucher macht nicht, wie man, wenn man sein Recht als ein Recht a n dem Forderungsrechte des Bestellers auffasst, leicht anzunehmen verleitet sein kann, das Recht des bestellenden Gläubigers geltend, sondern ein aus diesem abgeleitetes Recht, von dem hier nicht näher zu untersuchen ist, ob es als ein „selbständiges Einziehungsrecht" [10]) oder als ein nur zu Pfandzwecken zu gebrauchendes Mitgläubigerrecht aufzufassen ist.[11]) Sowenig das Urteil, welches über die Klage des einen Mitberechtigten auf Leistung an alle oder auf Hinterlegung für alle (§ 1281) ergeht, dem anderen präjudiziert, so wenig nützt und schadet die Rechtskraft des nach § 1282 I auf Leistung klagenden Pfandgläubigers dem Verpfänder.[12]) Das Recht, über welches entschieden ist und über welches jetzt zu entscheiden ist, sind nicht nur subjektiv, sondern auch objektiv verschieden.

Würde das Urteil, welches gegenüber dem einen von ihnen ergangen ist, Rechtskraft gegenüber dem anderen wirken, so wäre dies eine Ausnahme nicht nur von der regelmässig geltenden subjektiven Begrenzung der Rechtskraftwirkung, sondern ebenso sehr auch von dem Erfordernis der eadem res. So wenigstens, wenn die Mehrheit der Berechtigten und Verpflichteten es ausschliesst, dass e i n Recht und e i n e Verpflichtung (eadem obligatio) vorliegt. Dass aber nach dem Reichsrecht eine E i n h e i t des Rechtsverhältnisses nicht nur bei der schlichten Rechtsgemeinschaft, sondern auch bei der Gesamtberechtigung und Ge-

---

8) Vgl. § 1032, 1207. Sogar bei der Verpfändung von (gewöhnlichen) Forderungen kann das Gesagte zutreffen, vgl. § 405 BGB. mit § 1275.

9) Sehr bezeichnend § 1065, 1227 in Verb. mit § 386 I BGB.

10) So Motive zu E. I Bd. III S. 544/5.

11) Das letztere ist meine schon in Verpfändung und Pfändung von Forderungen (1883) vertretene Ansicht, die durch § 1281 BGB. bestätigt wird. Vgl. näher Anspr. und Klage S. 88, 187/8. Verträge S. 470.

12) Ausdrücklich bestätigend Mot. zu E. I Bd. III S. 544. Vgl. auch § 432 BGB. — Nicht entgegen § 856 CPO. Er bezieht sich lediglich auf das Verhältnis der mehreren P f ä n d u n g s p f a n d g l ä u b i g e r (gegenüber dem Drittschuldner). Vgl. näher unten § 11.

samtverpflichtung und bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand abzulehnen ist, halte ich für sicher.[13])

Dazu kommt noch folgendes. Auch dann, wenn die Klage eines Mitberechtigten als sachlich unbegründet zurückgewiesen wird, kann die Verneinung seines Rechtes sowohl auf einer Thatsache beruhen, die, wenn sie wahr ist, auch die Entstehung oder das Fortbestehen des Rechtes der Konkurrenten hindert, als auch wegen einer Thatsache erfolgen, welche nur gegen diesen Kläger wirkt.[14]) Soll eine Erstreckung der Rechtskraft stattfinden, so kann sie selbstverständlich nur für die Fälle der ersten Kategorie, für die Verneinung des sog. objektiven Bestandes des Rechtsverhältnisses gewollt und gemeint sein. Nur in dem gleichen Sinn kann dem Urteil, welches einen Mitverpflichteten freispricht, Wirkung für die Genossen beigelegt werden.

Ist dies richtig, so erhellt, dass die Prüfung des über die Rechtskrafteinwendung entscheidenden Richters sich nicht darauf beschränken könnte, festzustellen, ob der klägerische Anspruch verneint ist, sondern dass er auf die Thatsachen, aus welchen die Verneinung stattfand, zurückgehen müsste. Das wäre eine Erscheinung, die bei dem sonstigen Mangel der Rechtskraft der „Entscheidungsgründe", namentlich der thatsächlichen Feststellungen, weit exzeptioneller wäre, als die subjektive Erweiterung der Rechtskraft.[15]) [16])

---

13) Vgl. Anspr. und Klagr. S. 86 f. und § 27[9], besonders S. 200[6] über die Gemeinschaft zur gesamten Hand.

14) So, wenn der Kläger einen subjektiv gemeinten Erlassvertrag geschlossen hat, wenn **sein** Recht verjährt ist, wenn — bei Pfändung einer Forderung für mehrere — die Pfändung für diesen Kläger nichtig ist, wenn er nachträglich auf sein Pfandrecht verzichtet hat u. s. w.

15) **Mendelssohn-Bartholdy** S. 443 Note 1 lehrt, dass ein Urteil, welches über Erfüllung und andere nach § 422[4] BGB. relevante Thatsachen entscheidet, für und gegen jeden Mitschuldner wirkt. Dies verstösst: 1) gegen § 322 CPO., 2) gegen § 325 CPO., 3) gegen den § 425 BGB., der die sich hieraus bereits von selbst ergebende Wahrheit ausdrücklich bestätigt. Dass diese Bestätigung ausgesprochen ist, erklärt sich hinlänglich daraus, dass nach bisherigem Recht eine verbreitete Ansicht den entgegengesetzten Rechtssatz verteidigte. A. M. **Mendelssohn-Bartholdy** a. a. O., der meint, die Bestimmung des § 425 BGB. wäre geradezu absurd, wenn man in § 325 CPO. die Regel findet, dass die Rechtskraft, soweit nicht das Gesetz selbst Ausnahmen macht, **nur** unter den Parteien Rechtskraft wirke.

16) Über die Fälle, in denen sich „aus dem Schuldverhältnis ergeben" kann, dass das rechtskräftige Urteil für und gegen die Mitbeteiligten wirkt, vgl. oben S. 27[9]. Es sind die Fälle, in denen die Verpflichtung des einen Gesamtschuldners dann vorhanden ist, wenn der andere jetzt zu zahlen hat (so der Gesellschafter, falls die Gesellschaft



§ 6.

III. Rechtskraft und Vollstreckbarkeit.

I. Noch eine weitere allgemeine Bemerkung über das Verhältnis der Rechtskraft zur Vollstreckbarkeit muss vorausgeschickt werden. Wie bereits mehrfach betont wurde, ist mit der Bestimmung, dass ein Urteil für oder gegen einen Dritten „wirksam" sei, nur die Feststellungswirkung auf ihn ausgedehnt. Handelt es sich doch bei der Erstreckung der Rechtskraft keineswegs nur um Verurteilungen zu einer Leistung,[1]) bei denen die Vollstreckung — im Sinne der äusseren Gewaltanwendung zwecks Herbeiführung eines vom Schuldner geschuldeten Erfolgs — allein in Frage kommt, sondern ebenso sehr um die Wirkung derjenigen Urteile, welche die Klage als unbegründet abweisen oder ein Schuldverhältnis als vorhanden anerkennen oder die Feststellung solcher Rechte enthalten, bei denen eine Vollstreckung überhaupt nicht in Frage steht, wie z. B. bei Eigentum, Erbrecht und Familienrechten! Ebenso wie nun inter partes selbst ein rechtskräftiges Urteil vorliegen kann, ohne dass die Vollstreckbarkeit überhaupt in Frage steht oder doch schon vorhanden wäre,[2]) so kann auch dem gegen einen Dritten wirksamen Urteile die Eigenschaft eines Vollstreckungstitels fehlen.

1. In den Fällen der letzteren Art[3]) ist im allgemeinen das Recht

schuldet), oder wenn der eine Gesamtschuldner dann nicht schuldet, wenn der andere, „für" welchen er (accessorisch) haftet, jetzt nicht schuldet. Auf den Grund, aus welchem der prozessierende Gesamtschuldner verurteilt wird, kommt es im ersten Fall nicht an, ebenso im zweiten nicht darauf, aus welchem Grund seine Zahlungspflicht verneint wird. Auch handelt es sich hier nicht um Rechtskrafterstreckung im eigentlichen Sinn.

1) Auf ein Thun oder Unterlassen, speziell auf ein Dulden. Dass auch die Verurteilung zum Unterlassen und die blosse Feststellung der Unterlassungspflicht von einander zu unterscheiden sind, versuchte ich in Anspr. und Klagr. (bes. S. 388f., 408f.), näher zu begründen.

2) Hierbei ist neben den inländischen Staatsurteilen, welche eine blosse Feststellung eines eine Leistungspflicht enthaltenden Rechtsverhältnisses oder die Verurteilung auf künftige Leistung enthalten, an das rechtskraftsfähige (§ 328), aber niemals vollstreckbare (§ 722) ausländische Urteil und ebenso an den Schiedsspruch zu denken.

3) Ein sicheres Beispiel ergibt § 856 III CPO.: Die zu Gunsten des einen Pfändungspfandgläubigers ergangene Verurteilung (zur Hinterlegung) wirkt stets zu gunsten der anderen Rechtskraft. Die Vollstreckung aber kann unbedingt nur der Sieger betreiben. Vgl. ferner HGB. § 129 IV. Der § 727 CPO. spricht nur von den Rechtsnachfolgern.



zur Zwangsvollstreckung durch eine nach den allgemeinen Regeln zu erhebende Klage auf Verurteilung zu erwirken. Stehen in diesem Prozesse die Voraussetzungen fest, von denen die Erstreckung der Rechtskraft abhängt, so ist die in dem Vorprozesse ausgesprochene Feststellung bindend und die Verurteilung erfolgt, wenn die sonstigen positiven und negativen Voraussetzungen gegeben sind, von welchen nach der konkreten Sachlage die Leistungspflicht und das Recht zur Klage abhängen.[4]) Für diese Klage gelten bezüglich der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit keine besonderen Vorschriften. Namentlich ist es nicht erforderlich und auch nicht etwa schlechthin zulässig, die Klage auf die Verurteilung bei dem ersten Prozessgericht anzustellen. Ganz dasselbe gilt in allen Fällen, in denen das erste Urteil nur eine Feststellung, aber keinen Kondemnationsbefehl enthält.

2. In gewissen Fällen, so namentlich nach eingetretener Rechtsnachfolge, verleiht die CPO. dem Beteiligten das Recht, unter Nachweis bestimmter Thatsachen sich von dem Gerichtsschreiber die vollstreckbare Ausfertigung erteilen zu lassen und damit die Voraussetzungen zu erfüllen, welche das Recht bedingen, von den zuständigen Organen die Ausführung der Vollstreckung zu verlangen. Können jene Thatsachen, soweit sie des Beweises bedürfen, vor dem Gerichtsschreiber nicht durch öffentliche Urkunden belegt werden, so ist hier ebenso wie bei der ersten Kategorie von Fällen das Recht zur Betreibung der Vollstreckung erst dann vorhanden, wenn auf Grund der rechtskräftigen Entscheidung ein durch Klage zu erwirkendes Urteil erlangt und auf Grund desselben[5]) die vollstreckbare Ausfertigung durch den Gerichtsschreiber erteilt ist. Für diese sog. Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel gilt insofern eine Besonderheit, als sie ausschliesslich vor das Prozessgericht erster Instanz verwiesen ist. Aus diesem Grunde ist die Klage passend als Zusatzklage, der Prozess als Anhangsprozess bezeichnet worden. Wird der Klage gemäss erkannt, so liegt in dem Urteil keine Vollstreckungsmassregel, sondern ein Ausspruch, der gerade so wie bei gewöhnlichen Verurteilungen in der Statuierung der

4) Alle diejenigen Einwendungen, welche nicht in Widerspruch mit der rechtskräftigen Feststellung stehen (z. B. die Behauptung des nachträglichen Erlöschens), kann der Beklagte natürlich vorbringen.

5) Also nachdem das zweite Urteil rechtskräftig geworden oder für vorläufig vollstreckbar erklärt ist.



demnächstigen Vollstreckungsfähigkeit eines Anspruchs implicite sein Bestehen bejaht und mit Eintritt der Rechtskraft unbestreitbar macht. Ebenso tritt diese Unbestreitbarkeit ein, wenn die Erteilung der Ausfertigung durch den Gerichtsschreiber stattgefunden hat [6]) und die hiergegen erhobene Widerspruchsklage des Schuldners (CPO. § 768) rechtskräftig zurückgewiesen wird.[7])

3. Aus dem zu 2. Gesagten erhellt, dass die Möglichkeit besteht, aus einer von dem Gerichtsschreiber mit Unrecht erteilten vollstreckbaren Ausfertigung die Zwangsvollstreckung zu betreiben. Ja es gibt Fälle, in denen dies gegen einen Dritten auf Grund eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils möglich ist,[8]) und § 741 CPO. gewährt sogar jedem Gläubiger einer Geschäftsfrau auf Grund des gegen sie erlangten Titels ohne weiteres das Vollstreckungsrecht gegen den Ehemann, indem es diesem nur vorbehält, durch Widerspruchsklage den Mangel der Voraussetzungen geltend zu machen, von welchen die Haftung des eingebrachten Guts und die Wirksamkeit der Prozessführung der Frau (gegen den Mann) abhängt.[9])

II. Übersieht man diese Rechtslage, so ergeben sich für die Rechtskraftslehre folgende Resultate.

1. Sicherlich kann daraus allein, dass jemand das (prozessuale) Vollstreckungsrecht besitzt, nicht etwa geschlossen werden, dass zwischen dem aktiv und passiv beteiligten Subjekt das Bestehen der Schuld rechtskräftig feststehe. Sicher ist auch folgendes: Wenn das Prozessgesetz dem Gläubiger bei Vorhandensein gewisser Voraussetzungen die Möglichkeit gibt, sich auf Grund der gegen einen Anderen ergangenen Verurteilung eine vollstreckbare Ausfertigung zu verschaffen, so folgt daraus keineswegs schlechthin, dass die Verurteilung des Dritten Rechtskraft gegen diesen Vollstreckungsschuldner macht. — Das alles folgt

6) Diese Erteilung selbst enthält niemals eine rechtskraftsfähige Entscheidung über den Anspruch, auch dann nicht, wenn die Beschwerde gegen den die Erteilung gutheissenden Gerichtsbeschluss (§ 732) definitiv zurückgewiesen ist.

7) Ich habe diese Auffassung in Anspr. und Klagr. S. 170/7 491 9 näher zu begründen versucht. Hier darf nur hinzugefügt werden, dass das auf „Erteilung der Vollstreckungsklausel“ lautende Urteil im Falle der Beteiligung dritter Personen von derselben Art ist, als wenn unter den ursprünglichen Parteien ein derartiges, den Eintritt einer Bedingung bejahendes Urteil (§ 726 I, 731) ergeht.

8) CPO. § 76 IV. Vgl. auch §§ 799, 800.

9) CPO. §§ 741 ebd. mit § 774. Dazu Seuffert bei Gruchot 43 S. 137 f. m. Anspr. u. Klagr. S. 327/8.



unwiderleglich aus den unter I, 3 betrachteten Situationen und aus der Thatsache, dass es Vollstreckungstitel gibt, denen überhaupt eine rechtskraftsfähige Entscheidung nicht zu Grunde liegt.

2. Anderseits folgt aus der Notwendigkeit, sich durch Klage den Vollstreckungstitel zu verschaffen, keineswegs, dass das früher ergangene Urteil keine Rechtskraft gegenüber dem Dritten schaffte. Das zeigen die Fälle unter I, 1.[10])

3. Macht aber das Gesetz schlechthin von der Thatsache, dass eine Schuld gegen den Einen rechtskräftig festgestellt ist, und von dem Vorhandensein weiterer Umstände die Folge abhängig, dass gegen einen Anderen ein definitiver Vollstreckungstitel erlangt werden kann, so liegt darin die Anerkennung, dass wegen jener weiterer Umstände die gegen den Einen ergangene Feststellung der Forderung Rechtskraft gegen den Anderen schafft. Denn dafür, dass der Dritte unbedingt einen Anspruch als bestehend gelten lassen muss, lässt sich ein stärkerer Beweis nicht finden, als er darin liegt, dass auf Grund des den Anspruch anerkennenden Urteils gegen ihn ein Vollstreckungsurteil erlassen werden muss, gegen welches es keinerlei Einwendungen mehr gibt.

In den Bestimmungen der zuletzt (unter 3) besprochenen Art liegen hiernach Vorschriften, welche die Auffassung des Gesetzes über die subjektive Begrenzung der Rechtskraft zum Ausdruck bringen und auch für die Fälle, in denen zwischen den Parteien des ersten Prozesses eine Klagabweisung oder eine blosse Feststellung ergangen ist, eine Antwort über die Rechtskrafterstreckung enthalten.

III. Im Gegensatz zu dieser Aufstellung lehrt Gaupp-Stein, dass aus der Ordnung der Vollstreckbarkeit keine Schlüsse auf die Rechtskraft zu ziehen seien.[11]) Diese Ansicht widerlegt sich schon aus dem zuvor Gesagten. Es darf aber auch noch auf folgendes hingewiesen werden.

10) Man denke nur an § 129 IV HGB. in Verbindung mit § 129 I.

11) Bei Note 19 zu § 325 (S. 733). Er spricht den referierten Satz mit Beziehung auf den § 729 CPO. aus. Aber gerade diese Vorschrift beweist m. E. handgreiflich das Gegenteil. Wenn die rechtskräftige Verurteilung eines Schuldners es rechtfertigt, einen Dritten lediglich deshalb, weil er nachher das Vermögen des Schuldners übernommen hat, unverweigerlich der Verurteilung zur Erfüllung der festgestellten Schuld (aus dem übernommenen Vermögen nach BGB. § 419 II; also Verurteilung zur „Duldung der Zwangsvollstreckung"!) zu unterwerfen: auf welchem anderen Grunde kann dies beruhen, wenn es nicht auf der Erstreckung der Rechtskraft beruhen soll? Freilich: gibt man dies zu, so muss man auch zu dem von Stein jetzt (anders Zeitschrift f. C. 24 S. 226 7) geleugneten Satz gelangen, dass die Erstreckung der



Schon oben wurde daran erinnert, dass das Urteil, welches der sog. „Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel“ stattgibt, überhaupt keine Vollstreckungsmassregel ist, sondern erst den Titel schafft, auf Grund dessen der Gerichtsschreiber die vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen hat. Jenes Urteil steht allerdings in Beziehung zur Zwangsvollstreckung, aber die es betreffende Vorschrift (§ 731) hat keinen näheren Zusammenhang mit dem Vollstreckungsverfahren, als der Grundsatz, dass es zur Exekution einer Verurteilung bedarf. Zu den Normen über das Vollstreckungsverfahren gehören die Vorschriften über die durch den Gerichtsschreiber erfolgende Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung, in welcher zwar auch noch kein Beginn der Zwangsvollstreckung (im Sinne z. B. des § 779 I), aber doch eine diese unmittelbar vorbereitende, nicht zum Entscheidungsverfahren gehörende Massregel liegt. Die Normen über die Voraussetzungen der Schaffung der Vollstreckungstitel gehören mindestens insoweit, als sie Verurteilungen sind, zum Entscheidungsverfahren. Vom systematischen, im 8. Buch der CPO. in ihrer ursprünglichen und noch weit mehr in der jetzigen Gestalt leider wenig beachteten [12]) Gesichtspunkte aus wäre es angezeigt gewesen, die Vorschriften in einen ganz anderen Zusammenhang zu stellen. Man hätte dann im 8. Buch teils ganz schweigen, teils sich mit einer kurzen Verweisung begnügen können. Freilich wäre man dann genötigt gewesen, sich über manches prinzipiell klar zu werden, was man bei der stückweisen Erledigung der Fragen dahin gestellt

---

Rechtskraft darauf basiert, dass der Unternehmer als Schuldsuccessor Rechtsnachfolger des Urschuldners ist. Vgl. unten Kap. III Abschn. 7.

12) Dies gilt auch von den neuen Vorschriften über die Notwendigkeit eines Titels gegen sämtliche Gesellschafter (§ 736), gegen den nicht rechtsfähigen Verein oder gegen sämtliche Mitglieder (§ 735, zu vergleichen mit § 124 II HGB.), gegen beide Eheleute nach Auflösung der Gemeinschaft (§ 743), gegen die sämtlichen Miterben (§ 747), gegen Niessbraucher und Besteller (§ 737), gegen beide Eheleute im Falle des § 739, gegen den Ehemann allein bei Gütergemeinschaft (§ 740, 745 I). Alle diese Vorschriften regeln die Sachlegitimation. Sie wären überflüssig, wenn das BGB. die grundlegenden Normen enthalten würde. Im Entwurf des BGB. waren denn auch die meisten dieser Vorschriften vorgesehen. Sie wurden erst später in die CPO. „versetzt“. Hier erscheinen sie vielfach als die Konsequenz unausgesprochen gebliebener wichtiger Sätze des materiellen Rechts. — Der § 748 ist angesichts des § 2213 BGB. teils überflüssig, teils korrigiert er ihn geradezu, so namentlich in Abs. 3, der im Gegensatz zu § 2213 Abs. 1 Satz 3 sagt, dass der Pflichtteilsanspruch nicht nur gegen den Testamentsvollstrecker geltend gemacht werden kann, sondern auch gegen ihn geltend gemacht werden muss.

liess, um der Theorie und Praxis die Lösung schwieriger Probleme zu überlassen.

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen gegen dritte Personen die gegen einen Anderen erlassenen Urteile vollstreckbar sind, ist, abgesehen von dem Fall des § 741 CPO., in korrekterer Fassung die Frage, wann das Urteil gegen den Dritten Rechtskraft macht und deshalb bei der Sachverhandlung gegen ihn die unbestreitbare Grundlage bildet. Verzichtet man darauf, in diesen Fällen die Frage der Vollstreckbarkeit mit der Rechtskraft gegen Dritte in Verbindung zu setzen, so bedeutet dies den Verzicht auf die Ermittelung der prinzipiellen Gesichtspunkte, welche jene Vorschriften als ihre Konsequenzen erscheinen lassen und die Grundlage für fruchtbare Analogieschlüsse abgeben.

IV. Die einzelnen Fälle der Rechtskrafterstreckung.

§ 7.

1. Einleitung.

I. Die Fälle, in denen die volle Rechtskraftwirkung auf Dritte erstreckt worden ist, scheiden sich in zwei grosse Klassen. Die erste Gruppe wird gebildet von den Fällen, in denen die Erstreckung gesetzgeberisch ihre Rechtfertigung in einem civilistischen Abhängigkeitsverhältnis des Dritten zu einer der Prozessparteien findet. In die zweite Klasse gehören diejenigen Fälle, in denen eine derartige civilistische Grundlage für die Ausdehnung der normalerweise auf die Parteien beschränkten Urteilswirkung fehlt. In der ersten Klasse stellt sich die Ausdehnung der Rechtskraft als eine durch die Natur der Sache geforderte prozessuale Konsequenz der bestehenden civilistischen Rechtsverhältnisse dar [1]) und insofern erscheinen uns die fraglichen gesetzlichen Vorschriften, obwohl sie Ausnahmebestimmungen enthalten, fast als etwas Selbstverständliches. In der zweiten Klasse von Fällen dagegen ist die

---

1) Trotzdem ist festzuhalten, dass sowohl die Erstreckungsvorschrift eine prozessrechtliche Norm ist, als auch, dass die erstreckte Urteilswirkung inhaltlich ebenso wie die inter partes bestehende Wirkung als eine prozessuale betrachtet werden muss. Das Civilrecht schafft die Voraussetzung, an welche das Prozessrecht anknüpft. Vgl. auch schon oben § 2.

Erstreckung der Rechtskraft eine lediglich auf prozessrechtlichen Erwägungen beruhende Singularität.

Auf diesem Unterschiede beruht es auch, dass wir in der ersten Klasse von Fällen vielfach berechtigt sind, in den gesetzlichen Erstreckungsvorschriften, die sich auf einen einzelnen Fall beziehen, die Anwendung eines allgemein gültigen Rechtsgedankens zu finden oder — mit anderen Worten — zur Entfaltung der analogen Rechtsfindungsthätigkeit zu schreiten.[2]) In der zweiten Klasse von Fällen dagegen haben die Vorschriften zu allermeist einen Charakter, der die Analogie ausschliesst.

II. In den Fällen, in denen das Urteil Rechtskraft gegen Dritte schafft, kann man das Resultat dieser Wirkung mit dem seit Savignys Vorgang[3]) üblichen Ausdruck dahin beschreiben, dass der Prozessführer die Dritten „repräsentiert". Jedoch ist der Begriff der Repräsentation in dieser Allgemeinheit unbrauchbar. Als ein juristisch scharfer und zur Erklärung von Rechtserscheinungen geeigneter Begriff ist er nur dann verwendbar, wenn er gleichbedeutend mit Stellvertretung verstanden wird. Aber man gebraucht ihn gerade mit Beziehung auf solche Fälle, in denen die Prozessführung einer im eigenen Namen handelnden Person und ein auf deren Namen gestelltes Urteil gegenüber dritten Personen zur Rechtskraft führt.[3a]) Von Vertretung sprechen wir, wenn wir uns einer genauen, mit der gesetzlichen in Übereinstimmung stehenden Sprachweise bedienen, mit Rücksicht auf das Handeln statt einer Person und in ihrem Namen. Fremde Rechtsverhältnisse kann man nicht „vertreten"; man kann nur in gewissen Fällen in der Lage sein, sie geltend zu machen. Aber wie wir denjenigen, der über fremde Rechte verfügt, nicht als den Repräsentanten dieser Rechte bezeichnen dürfen, ebensowenig sind wir berechtigt, denjenigen, der über fremde Rechtsverhältnisse im eigenen Namen prozessiert, als ihren Repräsentanten anzusprechen. So ist denn dieser Ausdruck selbst in denjenigen Fällen

---

2) Man denke beispielsweise an die Sätze über den Testamentsvollstrecker (CPO. § 327) im Hinblick auf sonstige Verwalter von selbständigen Sondervermögen (vgl. unten § 8 B. II, 3), oder an die Wirkung der Prozessführung des nicht mehr berechtigten Cessionars, den der Schuldner noch für seinen Gläubiger hielt (§ 407 II BGB., unten § 8 B, II, 2).

3) System VI S. 471.

3a) Über die Verwendung des Begriffs im französischen Recht vgl. Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen S. 70 f.



nicht zu gebrauchen, in denen diese zuletzt bezeichnete besondere Rechtslage vorliegt.[4]) Die Stellung des Ehemanns, der im eigenen Namen über die Rechtsverhältnisse der Ehefrau prozessiert, ist nicht dadurch zu charakterisieren, dass er die Frau oder ihre Rechtsverhältnisse „repräsentiert“, sondern dadurch, dass er das Verwaltungsrecht bezüglich der Frauenrechte besitzt und kraft desselben über sie verfügt und prozessiert.[5])

Bezeichnet man in allen Fällen der Rechtskrafterstreckung oder auch nur in der unten S. 57 charakterisierten ersten Klasse von Fällen den Prozessführer als den „Repräsentanten“ der dritten, von der Rechtskraft betroffenen Personen oder als den Repräsentanten des abgeurteilten Rechtsverhältnisses, so ist damit nur auf die singuläre Wirkung des Urteils hingewiesen, zu ihrer Erklärung aber noch nichts ausgesagt. Die Rechtskraft erstreckt sich auf die Dritten nicht deshalb, weil ein Repräsentationsverhältnis vorliegt, sondern umgekehrt: man kann höchstens deshalb von einem solchen sprechen, weil eine Rechtskrafterstreckung vorliegt. Ihren Grund hat diese in den verschiedenartigsten Verhältnissen.[6])

III. Ähnlich wie mit dem Begriff der Repräsentation verhält es sich mit dem legitimus contradictor (actor, defensor).[7]) In der gemeinrechtlichen Litteratur wird der Ausdruck in dem Sinne gebraucht, dass die betreffende Person legitimiert ist, den Prozess mit Wirksamkeit gegen einen weiteren Personenkreis (sei es gegen alle, oder gegen bestimmte Personen) zu führen. Die Vorstellung ist die, dass aus der Eigenschaft

---

4) In solchen Fällen spricht Fischer, Jahrb. 40 Seite 171 von einer „Repräsentation hinsichtlicher fremder Rechte“. Generell redet Binder, Subj. Grenzen von der „Vertretung fremder Interessen“.

5) Vgl. unten § 8 B. II, 1.

6) Obwohl Binder, Subj. Grenzen S. 99 betont, dass der Vertretungsgedanke nur eine theoretische Begründung enthalte, die mit dem wahren Grunde der Ausnahmen nichts zu thun habe, macht er an anderen Orten mit jenem Gesichtspunkte vollen Ernst, so z. B. S. 68 in dem Satze, dass die im römischen Rechte bei dem Staatsprozess für den Fall der Kollusion gemachte Ausnahme „auf dem Gesichtspunkt der Vertretung beruhe“. Am wenigsten kann diese „Vertretung“ darin gefunden werden, dass „der Dritte, auf den sich die Rechtskraft erstrecken soll, in Beziehung zum Prozessverhältnis tritt, id est von einer der Parteien vertreten wird“. (So Binder S. 99.)

7) Vgl. vor allem Wach, Rechtskraft. S. 20—31, 92 f. und den Exkurs über die gemeinrechtliche Litteratur auf S. 100 f., dazu die ausführlichen Nachweisungen bei Mendelssohn-Bartholdy S. 20 f.; ferner Fischer, Jahrb. f. Dogm. 40 S. 183/4, auch Binder, Subj. Grenzen, S. 65/68.



des Prozessführers als des legitimus contradictor die Rechtskraft auf die dritten Personen gefolgert wird.[7a])

Meines Erachtens lässt sich aber eine allgemeine Regel darüber, wann eine Person in diesem Sinne der legitimus contradictor ist, nicht begriffsmässig (aus logischen Gesichtspunkten) entwickeln. Vielmehr bedarf es stets einer Untersuchung darüber, ob nach dem positiven Recht der Prozessführung einer Person die erweiterte Rechtskraftwirkung oder wenigstens die sog. „Reflexwirkung" zukommt. Nennen wir sie dann den legitimus contradictor, so ist diese Bezeichnungsweise nur deshalb gerechtfertigt, weil ihre Prozessführung eine besondere Wirkung hat. Die Erweiterung der Urteilswirkung hat aber in den verschiedensten Verhältnissen und Umständen ihre Begründung und ist stets nach der konkreten Rechtsordnung zu ermitteln. So ist z. B. der heres fiduciarius nach gemeinem Recht im Sinne jener Bezeichnungsweise der legitimus actor und contradictor für alle Prozesse über die Erbschaftsverhältnisse, weil die Wirkung seiner Prozessführung sich auf den Universalfideikommissar erstreckt. Nach Reichsrecht ist der Vorerbe ebenso wie der heres fiduciarius ausschliesslich zur Prozessführung legitimiert, aber wegen des § 326 CPO. kann man ihn, wenn man mit dem Ausdruck legitimus contradictor mehr sagen will, als dass er die Sachlegitimation für alle Nachlassprozesse hat, nicht mehr schlechthin als den legitimus contradictor bezeichnen. Wer das Erbrecht für sich in Anspruch nimmt, ist der richtige Kläger gegenüber dem anderen Erbrechtsprätendenten; sein Sachlegitimationsverhältnis ist heute dasselbe wie dann, wenn das gemeine Recht für die Beurteilung der Beerbungsverhältnisse massgebend ist. Meint man aber mit der Bezeichnung als legitimus contradictor, dass sein Urteil auch gegenüber den Legataren Rechtskraft schafft, so kann er nach Reichsrecht nicht mehr so bezeichnet werden. — Gebraucht man den Ausdruck in jenem Sinn, so sind der Ehemann und das Kind die legitimi contradictores für den Prozess über das Eltern- und Kindesverhältnis, während der aussereheliche Erzeuger und das Kind es nicht sind. In beiden Fällen sind jene Personen gewisslich in gleicher Weise für den Prozess legitimiert und als diejenigen zu bezeichnen, ad quos principaliter ea res pertinet; aber im ersten Fall kommt der § 643 CPO. mit seiner Statuierung der absoluten Rechtskraft in Betracht, während

7a) Vgl. Mendelssohn-Bartholdy S. 27.



im zweiten Fall der § 644 CPO. es hindert, den Erzeuger als den justus contradictor in dem Sinne zu bezeichnen, dass seine Prozessführung für Dritte eine Bedeutung hätte.[8]) Der bisherige Gläubiger ist trotz der Abtretung der Forderung der legitimus contradictor für den sie betreffenden Prozess, wenn und weil der Schuldner vor dem Prozessbeginn keine Kenntnis von der Abtretung hatte (§ 409 II. BGB.); hatte dieser aber die Kenntnis, so ist die Prozessführung gegenüber dem Cessionar bedeutungslos.[8a])

Wer ein Recht auf Rechtsänderung hat und ein konstitutives Urteil herbeiführt, durch welches sie vollzogen wird, prozessiert mit Wirkung für und gegen alle. Der Grund aber liegt allein in dem konstitutiven Charakter der Urteils.[9]) Dies zeigt sich besonders deutlich, wenn man an die Klage auf Rescission des Erbschaftserwerbs durch Erbunwürdigkeitserklärung denkt. Hier kann jeder Interessent (§ 2341) als derjenige bezeichnet werden, ad quem res, de qua actum est, principaliter suo nomine pertinet.[10]) Führt einer von ihnen die Rescission herbei, so wirkt das Urteil gegenüber jedermann. Wird aber die Erbunwürdigkeitsklage des einen zurückgewiesen, so präjudiciert dies den anderen Interessenten nicht.[11])

Kann die Rechtsänderung nur durch Urteil herbeigeführt werden und sind alle Personen,[12]) welchen das Recht auf Änderung zusteht, rechtskräftig zurückgewiesen, so ist damit die Möglichkeit, dass das Rechtsverhältnis verändert werde, fortgefallen. Sie ist es gerade so, als wenn in den gewöhnlichen Anfechtungsfällen der Anfechtungsberechtigte sein Anfechtungsrecht verloren hat.

---

8) Vgl. dazu unten § 9, bes. a. E.

8a) Sehr bezeichnend tritt der Gegensatz der Meinungen hervor, wenn man die Ausführung von Mendelssohn-Bartholdy S. 436 f. mit unseren Ausführungen in § 8 B II, 2 und in Kap. IV vergleicht. M. stimmt mit mir darin überein, dass der durch Erbschein legitimierte falsus heres mit Wirkung gegen den verus heres prozessieren kann. Während ich aber nach Gründen suche, aus denen diese exceptionelle Rechtskraftwirkung gefolgert werden kann, und während ich sie darin finde, dass der Gegner den falsus heres für den zur Sache Legitimierten hält und zu halten berechtigt ist, erledigt sich für Mendelssohn die Sache „im Gegenteil“ damit, dass er „kraft Gesetzes legitimus contradictor ist“ (S. 436).

9) Vgl. oben S. 2 f.

10) Vgl. Wach, Rechtskraft S. 101.

11) Ebenso ist es bei der jedem Interessenten zustehenden Klage auf Zurücknahme oder Nichtigkeitserklärung eines Patentes oder Warenzeichens. Vgl. Anspr. u. Klagr. § 58 Note 12, 33.

12) Bei der Eheanfechtung ist es allein der eine Ehegatte, bei der Ehelichkeitsanfechtungsklage allein der Ehemann.



§ 8.

2. Übersicht über die einzelnen Fälle der Rechtskrafterstreckung.

Im folgenden soll zunächst eine Übersicht über die einzelnen Fälle der Rechtskrafterstreckung gegeben werden. Sodann sollen einzelne Gruppen, welche ein ausführliches Eingehen erfordern, einer besonderen Erörterung unterzogen werden.[1])

A. In der Klasse derjenigen Fälle, in denen die Erweiterung der Rechtskraft sich nicht als die prozessuale Konsequenz eines civilistischen Abhängigkeitsverhältnisses darstellt und ein einheitlicher Gesichtspunkt für die gesetzlich angeordnete Singularität nicht zu finden ist, gehören:

I. die Urteile in gewissen Statusprozessen mit Rücksicht auf alle dritten Personen,[2])

II. die Urteile, die gegenüber dem den Prozess des ursprünglichen Beklagten übernehmenden Autor ergehen, mit Rücksicht auf die Wirkung, die sie gegenüber dem aus dem Streit Entlassenen haben,[3])

III. das Urteil, welches gegenüber einem Pfändungspfandgläubiger ergeht, mit Rücksicht auf diejenigen, welche trotz Aufforderung nicht in den Streit eintraten.[4])

IV. Die Rechtsnachfolge während schwebenden Prozesses.

B. Zu der zweiten Klasse gehören die Fälle, in denen die Rechtskraft deshalb auf den Dritten erstreckt wird, weil zwischen ihm und der prozessierenden Partei ein civilrechtliches Verhältnis besteht, mit Rücksicht auf welches der Gesetzgeber auch die Erstreckung der Rechtskraft auf den Dritten für angezeigt erachtet.

Dahin gehören

I. die Fälle der Succession post rem judicatum,[5])

---

1) Die Zahl der Ausnahmsfälle verringert sich in unserer Darstellung dadurch ausserordentlich, dass alle Fälle von konstitutiven Urteilen ausser Betracht bleiben (vgl. oben § 1) und dass die Rechtskraft und die Reflexwirkung unterschieden werden (§ 3).

2) CPO. § 629, 643, vgl. unten § 9.

3) Vgl. unten § 10.

4) Vgl. unten § 11.

5) Vgl. hierüber näher unten Kap. III § 12 f. Über die Succession pendente lite s. § 21—25.

II. die Fälle, in denen der Prozessführer materiellrechtlich die Verfügungsmacht über den ihm fremden Prozessgegenstand hat und deshalb auch befähigt ist, mit Wirkung gegen den in dem materiellen Rechtsverhältnis stehenden Dritten zu prozessieren. Unter diesen Gesichtspunkt gehören:

1. die Fälle, in denen dem Prozessführer deshalb die Verfügungsmacht über den ihm fremden Prozessgegenstand zusteht, weil er ein Verwaltungsrecht hat, welches ihn befähigt, im eigenen Namen die seiner Verwaltung unterliegenden Rechtsverhältnisse materiellrechtlich zu gestalten, und welches ihm deshalb auch das im Begriff der (uneingeschränkten) Verwaltung liegende Recht verleiht, über den Prozessgegenstand im eigenen Namen zu prozessieren.

Ein solches Verwaltungsrecht ist nicht, wie Pfandrecht und Niessbrauch (namentlich „an Rechten"), ein aus einem Mutterrechte erzeugtes und gleichartig neben dieses tretendes Recht derselben Art,[6]) sondern ein absolutes Recht sui generis. Es kann von den Privaten nicht beliebig erzeugt werden, sondern findet sich nur in bestimmten, vom Gesetz geordneten Fällen.[7])

Dieses dem modernen Recht eigentümliche Verhältnis ist wohl zu unterscheiden von der sogleich näher zu besprechenden Situation, die sich bei dem Testamentsvollstrecker und anderen Verwaltern von selbständigen Sondervermögen findet. Diese Verwalter können sehr wohl ein (unentziehbares) Recht zur Verwaltung haben. Aber es hat einen anderen Inhalt, als in den bereits besprochenen Fällen. Die Verwalter der selbständigen Sondervermögen müssen, um Rechte für dasselbe zu erwerben und um Verpflichtungen einzugehen, die direkt das Sondervermögen belasten, ebenso wie der Vormund und der Vorstand einer juristischen Person das Rechtsgeschäft im Namen des Sondervermögens[8]) ab-

---

6) Vgl. oben S. 43 f.

7) Im ehelichen Güterrecht und bezüglich des Schiffers, gegen den die Bodmereiforderung und die Rechte der Schiffsgläubiger mit Wirkung gegen den Schiffer geltend gemacht werden können. (HGB. § 696 II, 698 III, 761 III.) — Auf die Details der Rechtskraft in den ehelichen Güterrechtsverhältnissen wird hier nicht weiter eingegangen. Dazu sind umfassende Erörterungen über die Natur jener Verhältnisse erforderlich. Meine Ansicht habe ich erst kürzlich in Anspr. und Klagr., S. 298—345 dargelegt.

8) Die Vorschrift des § 181 BGB. über die Frage, inwieweit der Vertreter mit sich selbst kontrahieren kann, findet Anwendung. Wird jemand bezweifeln, dass der Testamentsvollstrecker eine Unterschlagung begeht, wenn er sich aus dem Nachlass



schliessen.[8a]) Und ebenso wie die materiellrechtlichen Verwaltungshandlungen haben sie auch die Prozessführung nicht im eigenen Namen zu bethätigen.

Prozessiert aber der Inhaber eines Verwaltungsrechts der hier in Frage stehenden ersteren Art im eigenen Namen über die seiner Verwaltung unterworfenen fremden Rechtsverhältnisse, so ergeht das Urteil auf seinen Namen. Die Natur der Sache, namentlich die Rücksicht auf den Gegner, der berechtigt und genötigt ist, mit ihm den Prozess zum Austrag zu bringen, führt zu der auch im Gesetz zwar nicht generell, aber doch in einigen Fällen ausdrücklich anerkannten Konsequenz, dass das Ergebnis seiner berechtigten Prozessführung für das Subjekt des abgeurteilten Rechtsverhältnisses massgebend ist. Es ist deshalb als irrationelle Singularität zu betrachten, wenn das Gesetz dem Ehemann einerseits das Recht gibt, die zum eingebrachten Gute gehörigen Rechte der Frau gerichtlich geltend zu machen, anderseits aber in Konsequenz der materiellrechtlichen Gestaltung seines Verwaltungsrechts die Rechtskraftserstreckung auf die Frau davon abhängig macht, dass entweder der Mann die freie Verfügung über das eingeklagte Recht besitzt oder dass die Frau ihre Zustimmung zur Prozessführung gegeben hat.[9])

In den behandelten Fällen des ehelichen Güterrechts hängt die Rechtslage des Ehemanns von der jeweiligen Rechtslage der Frau ab. Sein Verwaltungsrecht ergreift das Vermögen der Frau, so wie es jetzt ist,[10]) und ihre Verbindlichkeiten beeinflussen sehr wesentlich den materiellen Gehalt seines Rechtes. Um ihn vor der Schädigung zu schützen, der er ausgesetzt wäre, wenn die Ehefrau in der Verwaltung und Prozess-

---

Geld aneignet, falls ihm nicht etwa der Erblasser dies gestattet hat? Hätte er Eigentum, so wäre die Beurteilung eine ganz andere, auch wenn es fiduciarisches Eigentum sein würde.

8a) Der § 164 I Satz 2 BGB. gilt auch hier. Es können die Umstände mit genügender Deutlichkeit ergeben, dass er als Konkursverwalter, als Nachlassverwalter u. s. w. handeln will. Auch Abs. 2 des § 64 findet Anwendung. Ein Darlehn, welches der Testamentsvollstrecker nicht „als solcher" aufnimmt, verpflichtet ihn selbst und er kann den Geber nicht auf den vielleicht überschuldeten Nachlass verweisen, wenngleich er für Rechnung des Nachlasses handelte und deshalb einen Erstattungsanspruch erwirbt.

9) Diese über den Wortlaut des § 1380 BGB. hinausgehende Auslegung habe ich in Anspr. u. Klagr. S. 307 f. zu rechtfertigen versucht.

10) Die Rechte des Niessbrauchers bestimmen sich nach der Rechtslage zur Zeit der Bestellung des Niessbrauchs.

führung unbeschränkt wäre, entzieht das Gesetz sie der Frau völlig, soweit es sich um Aktivprozesse handelt,[11]) und nimmt ihrer Führung von Passivprozessen im allgemeinen die Wirkung gegenüber dem Ehemanne. Aber dieser Mangel in der Sachlegitimation der Frau wird dadurch beseitigt, dass der Ehemann seine Einwilligung zur Prozessführung erteilt oder diese nachträglich genehmigt. Dann wirkt die Urteilsfeststellung auch ihm gegenüber. Dies beruht nicht etwa darauf, dass man sich durch seine Erklärung der inter alios erflossenen Rechtskraft unterwerfen könnte, sondern darauf, dass die Zustimmung den Mangel in der Sachlegitimation der Frau beseitigt, der der regulären Rechtskraftwirkung im Wege stand. Die Richtigkeit dieser Auffassung erweist sich daraus, dass die Rechtskrafterstreckung in denjenigen Ausnahmsfällen anerkannt ist, in denen dem Gesetzgeber die Rücksicht, die er sonst auf die Interessen des Mannes nimmt, aus besonderen Gründen nicht angebracht erscheint.[12])

2. Diesen Fällen sind in materiellrechtlicher Beziehung verwandt diejenigen, in denen dem Prozessführer zwar ein derartiges Verwaltungsrecht fehlt, in denen er aber trotzdem befähigt ist, im eigenen Namen über den Prozessgegenstand mit derselben Wirkung zu verfügen, als hätte das fremde Recht ihm zugestanden. Die Gründe, welche diese Verfügungsmacht gewähren, bestehen entweder darin, dass der Dritte den verfügenden Nichtberechtigten für den Berechtigten halten durfte oder darin, dass der Nichtberechtigte mit Zustimmung des Berechtigten verfügt hat.[13])

Zieht man die prozessuale Konsequenz dieser materiellen Rechtslage, so ergibt sich das Resultat, dass derjenige, der im eigenen Namen über fremde Rechtsverhältnisse als über eigene prozessiert,[14]) dann den

---

11) BGB. § 1400 II, 1442 f. Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 331.

12) Vgl. BGB. § 1401/2, 1405, § 1407, 1450, 1451/2, 1454. Bezüglich der Einzelheiten und der näheren Begründung darf auf Anspr. u. Klagr. § 42/8 verwiesen werden.

13) Vgl. hierüber unten Kap. IV.

14) Es wird keineswegs behauptet, dass man einen Andern beliebig in den Stand setzen könne, suo nomine (also als Ersatzmann) über die Rechtsverhältnisse des Zustimmenden zu prozessieren. Würde der Nichtberechtigte unter Darlegung einer solchen Sachlage Klage erheben, so wäre es sofort klar, dass ihm das Klagrecht mangelt. Würde man einen solchen Dritten als den Beklagten laden, so wäre es evident, dass er nicht der richtige Beklagte ist. Würde statt der Partei, welche durch die Klagerhebung Subjekt des Prozessverhältnisses geworden ist, ein Dritter erscheinen



Prozess mit Wirkung gegen das Subjekt des abgeurteilten Rechtsverhältnisses führt, wenn dieses entweder der Prozessführung zugestimmt hat[15]) oder wenn solche Umstände vorliegen, die, falls es sich um materielle Verfügungen handeln würde, den Gegner in dem Glauben an ihre Rechtmässigkeit geschützt haben würden. Sonach entspricht der exceptionell gegebenen Verfügungsmacht die singuläre Prozessführungsmacht: der Nichtberechtigte hat nicht das Recht, mit Wirkung gegen den Berechtigten über dessen Rechtsverhältnisse zu prozessieren, aber aus besonderen Gründen lässt das Gesetz das Resultat seiner unberechtigten Prozessführung gegenüber dem Berechtigten massgebend sein.

Das Gesetz enthält eine Reihe von Bestimmungen, welche unter diesen gemeinsamen Gesichtspunkt fallen und dieser ist mindestens insofern von Wert, als er dem Bedürfnis nach systematischer Erfassung der in Betracht kommenden einzelnen Normen Genüge leistet. In Frage kann m. E. lediglich das sein, ob das zuvor aufgestellte Prinzip über jene Fälle hinausgilt, oder ob die für sie gegebenen Vorschriften als isolierte Ausnahmen aufzufassen sind.[16])

3. Eine dritte Kategorie von Fällen der Rechtskrafterstreckung ergibt sich aus der Anerkennung von Sondervermögen, welche materiellrechtlich als eine selbständige, von dem übrigen Vermögen des betreffenden Subjekts getrennte Einheit zu betrachten sind und deshalb auch prozessual als „Vermögensmassen, die als solche klagen und verklagt werden können“,[17]) behandelt werden. Diese Vermögen sind nicht juristische Personen, aber sie werden solange ebenso wie solche

---

und erklären, er wolle statt des Beklagten suo nomine den Prozess führen, so wäre die Partei einfach als säumig zu behandeln. Denn der Dritte wäre nicht sein Vertreter, da das Prozessrecht nur die Bevollmächtigung kennt und Vollmacht und Zustimmung prozessual ebenso von einander unterschieden sind, wie materiellrechtlich. Der Gegner braucht sich heute (im Gegensatz zum römischen Recht) nur mit einer solchen dritten Person einzulassen, welche im Namen des zur Sache Legitimierten auftreten. Die Voraussetzung des Textes ist also, dass der Prozessführer als Partei auftritt und selbst der Berechtigte, bezw. Verpflichtete zu sein behauptet.

15) So schon l. 63 D. 42, 1.

16) Vgl. näher unten Kap. IV. Auf die Einwendungen von Gaupp-Stein, Bem. IV a. E. zu § 325 und von Mendelssohn-Bartholdy S. 433f. ist a. a. O. näher einzugehen.

17) CPO. § 17. Vgl. auch § 171 II „Vereine, welche als solche klagen und verklagt werden können“.

behandelt, als die die Voraussetzung der **Selbständigkeit** des Sondervermögens bedingende separatio bonorum dauert. Liegt wirklich eine juristische Person vor, so bestimmen die berechtigten Verwaltungshandlungen den Zustand ihres Vermögens auch für die Zeit nach dem Wegfall der juristischen Person derart, dass ihr Vermögen in jenem Zustande an die Anfallsberechtigten als die Rechtsnachfolger fällt. Handelt es sich aber um selbständige Sondervermögen und wird die separatio bonorum aufgehoben, so findet keine Succession statt. Vielmehr ist die Folge nur die, dass das Vermögen wieder in die **Verwaltung** seines Subjekts gelangt. Aber wie es materiellrechtlich so in die Hände des bis dahin seiner Verwaltung beraubten Subjekts gelangt, wie es sich unter der Hand des Verwalters gestaltet hat, so hat das Subjekt auch die Prozessführung des Verwalters anzuerkennen, soweit dieser materiellrechtlich die Verwaltung hatte.[18])

Unter diesen Gesichtspunkt gehören keineswegs alle Sondervermögen. Es ist sehr wohl möglich, dass gewisse Bestandteile des einem Subjekte zustehenden Vermögens in gewissen Beziehungen (so namentlich bezüglich der Schuldenhaftung und der sog. dinglichen Surrogation) als eine Einheit behandelt und deshalb als Sondervermögen bezeichnet werden können. Allein damit hat es noch nicht die Selbständigkeit, die zur Anwendung der hier in Frage stehenden materiellen und prozessualen Bestimmungen erforderlich ist. Damit es als eine Vermögensmasse erscheint, welche als solche klagen und verklagt werden kann, ist erforderlich, dass der fragliche Vermögenskomplex unter eine selbständige, diejenige seines Subjekts ausschliessende Verwaltung gestellt wird.[19]) Dies ist der Nach-

---

18) In Anspr. und Klagr. habe ich, von der materiellrechtlichen Selbständigkeit dieser Sondervermögen ausgehend, die im Texte bezeichnete Auffassung näher zu begründen versucht. Die mit ihnen kontrastierenden Ausführungen **Schott**'s in s. Armenrecht leiden an einem inneren Widerspruch. Auf S. 64 N. 10 stellt er die „scharfe Alternative: juristische Person oder nicht rechtsfähig". Er gibt dann aber sofort zu, dass von dem Grundsatze, dass Vermögensmassen, die nichtjuristische Personen sind, **nicht** parteifähig sein könnten, in § 50 II CPO. eine Ausnahme enthalten ist. Sonst soll dieser Grundsatz, „ganz ausnahmslos" sein soll. Allein auf S. 73f. werden dann nebeneinander aufgeführt: „juristische Personen, offene Handelsgesellschaften und ähnliche Rechtsgebilde". Und dem Vorstand des nichtrechtsfähigen Vereins (§ 50 II CPO.) stellt er die Gesellschafter in dem Prozess der Gesellschaft gleich, obwohl er ihnen die Eigenschaft als juristische Person abspricht. Damit ist der zuerst aufgestellte, angeblich ausnahmslose Satz für die Gesellschaft und alle „ähnlichen Rechtsgebilde" aufgegeben. Letztere sind eben die **selbständigen** Sondervermögen.

19) Der Grund, der diese von mir a. a. O. S. 237 sog. separatio bonorum herbei-



lass, wenn er unter der Verwaltung des „Nachlassverwalters“, des „Nachlasspflegers“ oder des gemäss § 2129 bestellten Verwalters steht, ferner die Konkursmasse, die Vermögensmassen, die auf Grund spezieller Bestimmung (z. B. BGB. § 1052, S. O. 146ff. StPO. 332) oder kraft der generellen Norm des § 938 CPO. unter Verwaltung gestellt werden, endlich das Vermögen derjenigen Gesellschaften oder der Vereine, die „als solche“ klagen und verklagt werden können, ohne juristische Personen zu sein.[20])

C. Diese unter B gegebene Übersicht (Succession post rem judicatam;[21]) Prozessführung des Verwaltungsberechtigten; Prozesse desjenigen, der Verwaltungsmacht, wenn auch kein Verwaltungsrecht hat; Prozesse über Rechtsverhältnisse von selbständigen Sondervermögen) dürfte gezeigt haben, dass der für sie aufgestellte gemeinsame Gesichtspunkt der richtige ist. Die Rechtskraft trifft die Dritten[22]) deshalb, weil zwischen ihnen und der Prozesspartei (dem Rechtsvorgänger, dem Inhaber der Verfügungsmacht, der selbständigen Vermögensmasse) eine civilistische Rechtsbeziehung besteht, kraft deren sich die Rechtslage des Dritten durch die Verwaltungshandlungen der prozessführenden Partei bezw. ihres Vertreters bestimmt.[23])

---

führt, kann eine gesetzliche Vorschrift oder die mit dieser Wirkung gesetzlich anerkannte Parteibestimmung sein.

20) Zum ganzen vgl. Anspr. u. Klagr. § 31–41. Auf die Einzelheiten wird auch bei dieser umfassenden Lehre hier nicht weiter eingegangen.

21) Über die Succession während des schwebenden Prozesses vgl. unten § 21/5. Hier deckt sich das Recht der Prozessführung (mit Wirkung gegen Nachfolger) nicht mit dem Besitz der materiellen Verfügungsmacht (mit Wirkung gegen den Nachfolger).

22) Als solche erscheinen auch die Subjekte des selbständigen Sondervermögens, auf dessen Namen (Konkursmasse, Nachlass u. s. w.) der Prozess geführt wurde.

23) Diese Ansicht habe ich in Kürze schon in Anspr. und Klagr. S. 256 f. geäussert, indem ich als den gemeinsamen Gesichtspunkt das bezeichnete, dass die Rechtslage des Dritten durchaus von derjenigen abhänge, welche „gegenwärtig“ (d. h. zur Zeit der Urteilsfällung) zwischen dem Dritten und der Prozesspartei bestehe. Diese Aufstellung sollte die ratio legis bezeichnen, welche in den fraglichen Fällen zu der gesetzlichen Ausdehnung der Rechtskraft geführt hat, und damit den Gesichtspunkt bezeichnen, aus dem gleichgeartete, im Gesetz mit Stillschweigen übergegangene Fälle betrachtet werden müssen. Mendelssohn-Bartholdy findet die citierte Aufstellung missverständlich. Er meint: Unmöglich könne man bei der Konstruktion der Rechtskraftwirkung auf Dritte die Rechtskraft wegdenken und die Erstreckung nach rein civilrechtlichen; vom Ergehen des Urteils unabhängigen Verhältnissen bestimmen (S. 424). Ich muss gestehen, dass mir dieser Einwand nicht verständlich ist, wie ich denn auch seinen Satz, die Stellung des Käufers sei von der des Verkäufers „sicherlich überhaupt nicht abhängig“ (S. 423), mit den zweifellos geltenden Rechtsprinzipien nicht in Einklang bringen kann. Mendelssohn selbst glaubt die Erstreckung auf die

Nur insoweit als dies der Fall ist, erstreckt sich die Rechtskraft auf den Dritten. Darüber hinaus wirkt das Urteil nach aller Regel nur inter partes. Der Mangel der Sachlegitimation bewirkt allemal, dass der Dritte die Berufung auf die Rechtskraft als eine res inter alios acta zurückweisen darf. Dieser Mangel wird durch die Rechtskraft nicht geheilt, während der Mangel der Vertretungsmacht für die Wirkung des Urteils solange bedeutungslos ist, bis es durch Wiederaufnahmeurteil beseitigt ist.[24])

§ 9.

3. Urteile in Statusprozessen.

Die gewöhnlichen Grundsätze gelten für die Urteile über Ansprüche, welche — wie der Eigentumsanspruch aus dem Eigentum — aus dem Eltern- und Kindesverhältnis entstehen, über die Ansprüche auf Herstellung des ehelichen Lebens[1]) und über die sonstigen Verpflichtungen, welche „sich aus dem ehelichen Verhältnisse ergeben".[2]) Die Urteile wirken inter partes und auch zwischen ihnen nur über den abgeurteilten Anspruch, nicht über das familienrechtliche Verhältnis, dessen Bestehen — ebenso wie Eigentum und Erbrecht bei den Eigentums- und Erbschaftsansprüchen — die Vorfrage für die zu entscheidende Prozessfrage bildet. Ebenso gelten keine besonderen Grundsätze für Urteile über das Namensrecht und sonstige Persönlichkeitsrechte. Dagegen sind solche für gewisse andere Statusprozesse vorhanden.

I. Rechtskraft für und gegen alle und zwar mit rückwirkender Kraft[3]) schafft

1. das Urteil, welches im Feststellungsprozess der Ehegatten das Be-

---

Successoren nur dadurch erklären zu können, dass man ihre Beziehungen zu den Vorgängern ausser Betracht lässt und sie „als gewöhnliche Dritte behandelt" (S. 424).

24) Vgl. Anspruch u. Klagr. § 35/6 und oben S. 38. Die Polemik von Mendelssohn-Bartholdy S. 325 Note 1 (gegen meine Erörterungen S. 74/7) übersieht, dass dort die Grenzen der Sachlegitimation des Testamentsvollstreckers untersucht wurden, und dass der Grund, aus dem ich leugne, dass er mit Wirksamkeit gegen den Erben über das Erbrecht streiten kann, in dem Mangel der Sachlegitimation gefunden wird.

1) BGB. § 1353; CPO. § 606 I, 888 II.

2) BGB. § 1359 f.

3) Jedoch wird sie in Ehesachen durch besondere Vorschriften in weitreichendem Masse unschädlich gemacht, vgl. § 1344 BGB. und unten Kap. IV.

stehen oder Nichtbestehen der Ehe ausspricht oder auf die Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage hin die Ehe für nichtig erklärt.[4])

a) Für die Eheanfechtungsklage haben die Eheleute die ausschliessliche Sachlegitimation, weil das den Prozessgegenstand bildende Anfechtungsrecht nur einem von ihnen zustehen kann und der Gegner des Anfechtenden bei Lebzeiten beider Teile naturgemäss der andere Ehegatte ist. Wird die Ehe vernichtet, so ist es selbstverständlich, dass das Rescissionsurteil gegenüber jedermann wirkt.[5]) Es wirkt ebenso aber auch das die Klage als unbegründet abweisende Erkenntnis.[6]) Dieses ist ein Feststellungsurteil und enthält die Negation, dass zur Zeit der letzten Thatsachenverhandlung das in der Klage geltend gemachte, durch den Anfechtungsgrund spezialisierte Anfechtungsrecht existierte, nach der Ausnahmebestimmung des § 616 CPO. aber auch die Negation jedes anderen Anfechtungsrechts, welches der Kläger oder der Beklagte in dem Rechtsstreite geltend machen konnte.[7])

Der § 629 CPO. spricht nur von den auf eine Anfechtungsklage ergehenden Urteilen. Da aber nach § 616 das auf eine Scheidungsklage ergehende abweisende Urteil insofern dieselbe Wirkung wie das die Anfechtungsklage abweisende Urteil hat, als alle vorbringbaren

---

4) CPO. § 629. Wenn hier die Voraussetzung gemacht ist, dass das Urteil bei Lebzeiten beider Ehegatten rechtskräftig wird, so ist zu beachten, dass es im Falle des Todes eines von beiden Ehegatten überhaupt nicht rechtskräftig werden kann. Das folgt aus § 628. Vgl. dazu unten § 20 a. E.

5) Gerade so wie das Scheidungsurteil, von welchem § 629 nicht spricht.

6) Vorausgesetzt, dass es zwischen den Ehegatten ergeht. Ein Urteil, welches auf die von einem Dritten oder gegen einen Dritten angestellte Eheanfechtungsklage hin die Ehe vernichten oder eine Klagabweisung im Sinne des Textes aussprechen würde, anstatt die Klage wegen Mangels der Sachlegitimation abzuweisen — ein solches Urteil wird thatsächlich schwerlich vorkommen. Würde es gefällt werden, so würde es nur inter partes wirken. Bei der heutigen unantastbaren Kraft des Urteils kann nicht mehr, wie in l. 3 D. 40, 16, gesagt werden: perinde inefficax est decretum, atque si nulla judicata res intervenisset. Ergeht später zwischen den legitimierten Personen ein Urteil, so ist dieses gemäss § 629 CPO. auch gegenüber den Parteien des ersten Prozesses massgebend.

7) Die Klagabweisung ist nur die Negation des Bestehens eines Anfechtungsrechts (und nach der lex singularis des § 616: eines Scheidungsrechts), nicht aber die Feststellung des Bestehens der Ehe, wie dies angenommen werden müsste, wenn die Eheanfechtungsklage eine Feststellungsklage wäre. (Gegen diese Auffassung vgl. Anspr. u. Klagr. S. 470/1.) Durch ihre Abweisung wird die Erhebung einer Nichtigkeitsklage weder für die Partei noch für Dritte (§ 632) ausgeschlossen. Kann doch die Behauptung der Nichtigkeit in dem Anfechtungsprozess weder einredeweise, noch durch Widerklage geltend gemacht werden! Vgl. CPO. § 615 II, 633.



Anfechtungsrechte in gleicher Weise präkludiert sind, so erscheint es geboten, auch der Abweisung der Scheidungsklage die entsprechende Wirkung gegenüber Dritten beizulegen. Nach der Besonderheit der Rechtslage [8]) können dritte Personen nur dann in die Lage kommen, diese subjektiv und objektiv exzeptionell gestaltete Rechtskraftwirkung geltend zu machen, wenn der Anfechtungsberechtigte nach dem Tode des anderen Ehegatten die Anfechtungserklärung gegenüber dem Nachlassgerichte (§ 1342) abgegeben und auf Gründe gestützt hat, deren Berücksichtigung die Rechtskraft entgegensteht. Wird auf Grund solcher Anfechtungserklärung behauptet, dass die Ehe nichtig gewesen sei, so erwidert man mit der Bezugnahme auf die Rechtskraft.

b) Die Ehenichtigkeitsklage ist die Klage auf Aufhebung derjenigen Rechtsfolgen, welche sich an eine formell (§ 1324 BGB.) gültige, aber materiell „nichtige" (BGB. §§ 1325/8) Ehe oder an eine zwar den Formerfordernissen (§ 1324) nicht entsprechende, aber in das Heiratsregister eingetragene Ehe knüpfen (BGB. § 1329).

Das Recht, die erforderliche Nichtigkeitserklärung herbeizuführen, entspringt lediglich aus den in §§ 1324/8 ff. fixierten Mängeln und steht jedem Ehegatten, dem Staatsanwalt, dem ersten Ehegatten des bigamen Teils und jedem interessierten Dritten zu (CPO. § 632).[9]) Die Passivlegitimation hat gegenüber dem Ehegatten nur der andere Teil, in allen anderen Fällen nur das Ehepaar in notwendiger Streitgenossenschaft.[10])

α) Wird der Ehenichtigkeitsklage stattgegeben, so enthält das Urteil die Bejahung des durch seinen Entstehungsgrund individualisierten Rechts auf Vernichtung der Ehewirkungen und zugleich den Ausspruch dieser Vernichtung. In letzterer Beziehung ist das Urteil konstitutiv, wirkt also selbstverständlich gegenüber jedermann. Aber nach der singulären Norm des § 629 CPO. wirkt auch jene Feststellung für und gegen alle, aber nur in der Begrenzung des § 322 CPO., d. h. es werden nicht rechtskräftig die Voraussetzungen, von welchen das Recht zur Nichtigkeitsklage abhängig ist.[11]) Sowenig das Nichtigkeitsurteil, das

8) Vgl. BGB. §§ 1341/2, 1343 II.

9) In den Fällen der §§ 1325 u. 1328 II BGB. kann auch noch während des Prozesses die Ehe vollgültig, die Ehenichtigkeitsklage also unbegründet werden.

10) Bezüglich des Urteils, welches zwischen anderen Parteien ergehen würde, gilt das in Note 6 Gesagte.

11) Generell schon ausgeführt in Anspr. u. Klagr. S. 479 bei u. in N. 84.



im Falle des § 1328 BGB. ergeht, rechtskräftig den Ehebruch feststellt, sowenig macht es Rechtskraft über das Bestehen und die Gültigkeit einer früheren Ehe, wenn es die zweite deshalb vernichtet. Der Dritte, von welchem das Urteil angenommen hat, dass er zur Zeit der Schliessung der vernichteten Ehe mit einem der Ehegatten verheiratet gewesen sei, wird also durch das Urteil nicht gehindert, später geltend zu machen, dass die erste Ehe ungültig gewesen sei.[12])

β) In voller Schärfe tritt die Singularität des § 629 CPO. hervor, wenn die Ehenichtigkeitsklage als unbegründet abgewiesen wurde. Auch dieses Urteil wirkt für und gegen alle. Für die Bestimmung der Tragweite dieses Satzes ist von der grössten Bedeutung die Frage, welchen Inhalt dieses Urteil hat. Wäre die Ehenichtigkeitsklage eine Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der Ehe, so müsste die Klagabweisung die Bejahung ihres (vollgültigen) Bestehens enthalten. Dass diese Auffassung aber nicht richtig ist, erhellt schlagend daraus, dass gegen die Ehenichtigkeitsklage nicht nur eine eben solche, sondern auch eine Feststellungsklage als Widerklage möglich ist.[13]) Die Klagabweisung bedeutet also nur die Verneinung des Rechtes auf Herbeiführung der Nichtigkeitserklärung und zwar nur desjenigen Rechts, welches durch die Klage oder durch die nachträgliche Anführung eines neuen Klaggrundes[14]) individualisiert und zum Gegenstande der Aburteilung gemacht wurde.

Wirkt nun diese Verneinung nach § 629 CPO. gegen alle, so bedeutet dies, dass jene Verneinung auch die konkurrierenden Aufhebungsrechte der anderen Berechtigten trifft, soweit sie objektiv — in Ansehung der Gründe — mit dem Abgeurteilten identisch sind.[15]) Eine Ausnahme

12) A. M., wie es scheint, Petersen-Anger, Bem. 2 zu § 629 CPO. Allein in dieser Beziehung bedurfte es keines Vorbehalts in § 629, da das im Text Gesagte sich nach § 322 von selbst versteht.

13) CPO. § 633. Ausführlicher ist der konstitutive Charakter begründet in Anspr. u. Klagr. S. 471/4.

14) Die Geltendmachung eines neuen Klaggrundes (also die nachträgliche Klagenhäufung) ist in § 614 generell gestattet, während die Präklusivnorm des § 616 sich auf die Nichtigkeitsklage nicht bezieht. War z. B. in dem ersten Prozess der Antrag auf § 1327 BGB. gestützt, so ist also für den abgewiesenen Kläger eine neue Nichtigkeitsklage wegen Bigamie (§ 1326) zulässig.

15) Die durch § 629 CPO. durchbrochene Regel, welche für solche konkurrierende Rechte des rechtlichen Könnens gilt, entspricht dem in § 429 BGB. für die obligatorische Gesamtberechtigung aufgestellten, mit § 325 I CPO. übereinstimmenden Prinzip. Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 196 und oben S. 45.



von dieser Ausnahme (also die Regel des § 325 I CPO.) gilt für die neben dem Ehegatten des bigamen Teils dem ersten Ehegatten des letzteren zustehende Berechtigung auf Herbeiführung der Nichtigkeitserklärung,[16]) falls er an dem Prozesse nicht etwa als Nebenintervenient teilgenommen hat (§ 629 I Satz 2).

c) Die Ehefeststellungsklage ist — bei Vorhandensein eines genügenden Feststellungsinteresses[17]) — denkbar

α) zwischen den Beteiligten selbst, und zwar einmal dann, wenn eine andere Person sich fälschlich für den Ehegatten ausgibt oder wenn jemandem umgekehrt die Identität mit dem Ehegatten mit Unrecht bestritten wird,[18]) sodann, wenn das Bestehen einer Ehe behauptet wird, während eine Eheschliessung vor einem Standesbeamten (§§ 1317, 1319) überhaupt nicht stattgefunden hat oder eine wegen Formmangels nichtige und in das Heiratsregister nicht eingetragene Ehe in Frage steht oder die Ehe aufgelöst ist,[19]) endlich als Klage auf Feststellung der (eingetragenen) Ehe, wenn zwar ihre Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit behauptet wird, [20]) der andere Ehegatte aber die Erhebung der Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage unterlässt und so durch die Feststellungsklage

---

16) Ist die Klage zurückgewiesen, weil das Gericht mit Unrecht angenommen hat, dass die erste Ehe nicht geschlossen oder ungültig sei, so würde auch ohne die Vorschrift des § 1329 I Satz 2 der erste Ehegatte durch die Rechtskraft nicht gehindert sein, die Gültigkeit seiner Ehe zu behaupten. Denn über diese wird im Nichtigkeitsverfahren nicht entschieden.

17) Hierüber gilt die allgemeine Norm des § 256 CPO. Die Eheanfechtungs- u. Nichtigkeitsklage aber haben als Klagen, welche ein Recht auf Rechtsänderung geltend machen, keine weitere Voraussetzung, als die Existenz dieses Rechtes.

18) Dass diese Fälle unter den Begriff der Ehefeststellungsklage fallen, erkennen die Motive zur Novelle § 592a (S. 134) indirekt dadurch an, dass sie als Beispiel für § 640 einen Streit über Kindesunterschiebung anführen.

19) Als ein Fall der letzten Art kann thatsächlich wohl nur der des § 1348, II BGB. in Frage kommen. Planck, Vorbem. IV vor § 1323 führt als weitere Fälle an, dass festgestellt werden soll, ob die Ehe „wieder aufgehoben oder für nichtig erklärt ist“. Allein da dies durch Urteil geschehen muss, kann man sich schwer vorstellen, wie die für die Feststellungsklage nötige Rechtsunsicherheit vorhanden sein sollte. Man müsste schon an die Vernichtung der Akten oder dgl. denken.

20) Sei es von dem anderen Teil, sei es von Dritten. Im letzteren Fall bietet die Feststellungsklage gegen den Ehegatten das Mittel, um ein gegen jedermann wirksames Urteil zu erlangen. Die Zulässigkeit der Feststellungsklage könnte nur dann bezweifelt werden, wenn erforderlich wäre, dass die zu beseitigende Rechtsunsicherheit gerade durch das Verhalten des Feststellungsbeklagten erzeugt wäre. Dagegen Anspr. u. Klagr. S. 430/2.



gezwungen[21]) werden soll, die Nichtigkeitsklage als Widerklage zu erheben.[22])

Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage sind von der Feststellungsklage dadurch verschieden, dass der Gegenstand der letzteren das Eheverhältnis ist, während bei den ersteren über das vom Kläger behauptete Aufhebungsrecht geurteilt wird. Das Ergebnis des Feststellungsprozesses ist stets ein reines Feststellungsurteil, das Ergebnis der anderen Prozesse ist im Falle des klaggemässen Erkennens ein Rechtsgestaltungsakt. Deshalb, weil die materiell nichtige Ehe (§ 1325—1328) und die wegen eines Formmangels nichtige, aber doch in das Register eingetragene Ehe so lange als gültig zu behandeln[23]) ist, bis sie „für nichtig erklärt", d. h. vernichtet ist, ist eine Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der sog. nichtigen Ehe in den eben bezeichneten Fällen nicht möglich.[24]) Die sog. Nichtigkeit der Ehe ist von der Nichtigkeit in sonstigen Fällen völlig verschieden. Das „nichtige" Eheverhältnis ist, solange es nicht aufgelöst ist, ein bestehendes Rechtsverhältnis mit allen Wirkungen der Ehe. Aber diese sind in der Schwebe. Der Unterschied von der Anfechtung zeigt sich erst nach der Auflösung der Ehe (durch Tod oder Scheidung). Nunmehr kann die „Nichtigkeit" von jedermann ohne

21) Lässt der Beklagte es zu der Feststellung der Ehe kommen, so ist diese als vollgültige festgestellt und die Nichtigkeits- und Anfechtungsklage sind nicht mehr möglich, weil ihre Erhebung contra rem judicatam wäre.

22) Die Anfechtungsklage ist als Widerklage gegenüber der Feststellungsklage unstatthaft (§ 638 CPO.). Der Beklagte muss sie selbständig erheben und Aussetzung des ersten Prozesses beantragen.

23) Dies ist nur der positive Ausdruck dessen, was das Gesetz in § 1329 dadurch bezeichnet: „die Nichtigkeit kann nicht geltend gemacht werden".

24) Anders Planck, Bem. IV vor § 1323. Er leitet die Unzulässigkeit der Feststellungsklage daraus ab, dass der Kläger kein Interesse an der Feststellung habe, „soweit durch die Nichtigkeits- und Anfechtungsklage das Nichtbestehen der Ehe festgestellt werden kann". Auf die hierin liegenden Widersprüche habe ich bereits in Anspr. u. Klagr. S. 472 aufmerksam gemacht. Nur von unserer Auffassung aus erklärt sich die im Gesetze (§ 633 CPO.) ausdrücklich anerkannte Möglichkeit, dass die Klage auf Feststellung der Ehe als Widerklage gegenüber der Nichtigkeitsklage erhoben werden kann. Letzteres erkennt auch Planck a. a. O. an. Von seinem Standpunkt aus wäre aber diese Widerklage identisch mit dem Antrag auf Abweisung der Nichtigkeitsklage. Diese Tautologie liegt hier aber keineswegs vor. Wird eine negative Feststellungsklage als unbegründet zurückgewiesen, so liegt darin schon der Ausspruch, dass das Rechtsverhältnis besteht und für die Rechtskraft ist es irrelevant, ob das Urteil dies noch einmal positiv ausspricht (vgl. Anspr. u. Klagr. S. 416). In unserem Falle ist die Tragweite der Rechtskraft sehr verschieden, je nachdem nur die Nichtigkeitsklage abgewiesen oder positiv das Bestehen einer rechtsgültigen Ehe ausgesprochen wird.

weiteres geltend gemacht werden, falls sie nicht — was bei der Nichtigkeit im Sinne des § 141 BGB. nicht möglich ist — geheilt wurde (§§ 1324 II, 1325 II, 1328 II).

Für die Rechtskraft der betrachteten Feststellungsurteile gilt die singuläre Vorschrift des § 629 I CPO.: sie wirken für und gegen jedermann.[25]) Aber auch hier ist die Ausnahme zu Gunsten des ersten Ehegatten des bigamen Teils entsprechend anzuwenden. Hierbei kann nur in Frage kommen ein solches Urteil, welches die Gültigkeit der zweiten (bigamen) Ehe bejaht. So wird z. B. die Frau, deren Mann eine Doppelehe geschlossen hat, durch das die zweite Ehe anerkennende Urteil nicht gehindert, die Nichtigkeitsklage gemäss § 632 CPO. zu erheben oder nach der Auflösung der zweiten Ehe ihre Nichtigkeit zu behaupten, falls sie an dem Prozess nicht teilgenommen hatte.

Nach dem Grundsatz, dass auch Ausnahmsbestimmungen auf gleichartige Fälle analog angewandt sind, ist eine fernere Ausnahme für den Fall zu behaupten, dass der Feststellungsstreit sich darum drehte, ob der auftretende Eheprätendent identisch mit dem Ehekontrahenten sei. Das Urteil, welches dies feststellt, macht Rechtskraft für und gegen alle ausser gegenüber demjenigen, der selbst der Ehegatte zu sein behauptet und in dem Prozess keine Gelegenheit hatte, seine Rechtsbehelfe vorzubringen. Denn der Ausnahme des § 629 I Satz 2 liegt der Gedanke zu Grunde, dass das Urteil demjenigen Dritten nicht entgegenstehen soll, der selbst in dem fraglichen ausschliesslichen Verhältnis zu stehen behauptet.[26])

β) Denkbar ist auch ein Ehefeststellungsprozess zwischen einem Ehegatten und einem Dritten,[27]) und zwar einmal als Klage auf

25) Die Voraussetzung ist auch hier, dass das Urteil bei Lebzeiten beider Gatten formell rechtskräftig geworden ist (vgl. § 628).

26) Anders ist die Situation, wenn der Ehemann mit einer Dritten, die er für seine Frau ausgab, einen Eheprozess geführt hat. Hier ist über die Ehe entschieden, aber die wirkliche Ehefrau war in dem auf ihren Namen geführten Prozess nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten. Sie kann das Urteil durch Wiederaufnahmeklage beseitigen. Vgl die beiden Rechtsfälle in m. Civilprozesspraktikum Nr. 208, b, c.

27) Die Zulässigkeit einer solchen Feststellungsklage müssen alle diejenigen bestreiten, welche annehmen, dass das festzustellende Rechtsverhältnis zwischen den Parteien bestehen müsse. (Dagegen vgl. Wach, Feststellungsanspruch S. 49 u. m. Anspr. u. Klagr. S. 410,1, 432/4.) Wach, Rechtskr. S. 94 äussert sich dahin: „Es ist selbstverständlich, dass die neuerdings in der CPO. § 638 geregelte Klage auf Feststellung . . . . nur zwischen den Ehegatten erhoben und ausgetragen werden kann". Dies ist richtig, sofern damit die Klage gemeint ist, welche zur Rechtskraft für und



Feststellung des Bestehens der Ehe, sodann als Klage auf Feststellung ihres Nichtbestehens. In beiden Fällen muss das Gericht das Bestehen der Ehe auch aussprechen, obgleich sie anfechtbar ist (arg. § 1341); die „Nichtigkeit“ auf Grund der §§ 1324/8 BGB. kann es wegen § 1329 nur dann berücksichtigen, wenn sie auf einem Formmangel beruht und die Ehe nicht im Register eingetragen ist. So ist z. B. die Ehefrau, deren Ehemann eine Doppelehe geschlossen hat, welche formal nichtig und nicht registriert ist, berechtigt, gegen die zweite Ehefrau auf Feststellung des Bestehens der ersten Ehe und des Nichtbestehens der zweiten Klage zu erheben.

Derartige Feststellungsprozesse werden im gewöhnlichen Verfahren verhandelt, und das Urteil wirkt nur inter partes.

2. In analoger Weise wirkt für und gegen alle das Urteil, welches

a) das Bestehen oder Nichtbestehen eines Eltern- und Kindesverhältnisses oder der elterlichen Gewalt der einen Partei über die andere feststellt,[28])

b) ferner das Urteil, welches auf die Anfechtungsklage (BGB. § 1596) hin das Rechtsverhältnis beseitigt, welches für das in der Ehe (§ 1593) geborene Kind so lange besteht, bis der als Vater geltende Ehemann oder das Kind gestorben ist,[29]) ferner das Urteil, welches durch Zurückweisung der Klage das Anfechtungsrecht verneint und endlich das Urteil über die Klage, die die Ehelichkeitsanerkennung anficht (BGB. § 1599).

Voraussetzung ist im ersten Fall, dass das rechtskräftige Urteil zwischen denjenigen Personen ergangen ist, zwischen denen das streitige Rechtsverhältnis bestehen soll, im zweiten Fall, dass der Prozess zwischen Ehemann und Kind geführt ist. In allen anderen Fällen bleibt es so-

---

gegen alle führt. Im übrigen ist m. E. die Zulässigkeit der Klage gegen Dritte anzunehmen, wenn man nicht den eingangs dieser Note bezeichneten Standpunkt einnimmt. Wie hier Planck, Bem. IV a. E. vor § 1323. — Ob das Feststellungsinteresse gegeben ist, hängt davon ab, ob der Kläger zu dem Beklagten in solchen Rechtsverhältnissen steht, dass im Hinblick auf diese die Benutzung der erstrebten Entscheidung über die Ehe von aktueller Bedeutung ist. Zu einer solchen rechtskraftsfähigen Feststellung kann es namentlich dann kommen, wenn in dem Prozess eines Ehegatten mit einem Dritten das Bestehen oder Nichtbestehen der Ehe von präjudizieller Bedeutung ist (CPO. § 280).

28) Bezüglich des Vaters kommt nur das eheliche Kindesverhältnis in Frage, § 644.

29) Über den Charakter dieser mit der Ehenichtigkeitsklage zu vergleichenden Klage, also über die konstitutive Natur des Urteils, vgl. Anspr. u. Klagr. S. 464 f.



nach bei der Rechtskraft inter partes, so z. B. wenn der Vater gegen einen Dritten[30]) den ihm nach § 1632 (1686) BGB. zustehenden Anspruch auf Herausgabe des Kindes verfolgt und dabei das bestrittene Kindesverhältnis incidenter zur Feststellung bringt, ebenso wenn über das aus der ausserehelichen Vaterschaft entspringende Rechtsverhältnis zwischen Erzeuger und Kind ein Urteil ergeht (§ 644).

Eine Ausnahme von der objektiven Urteilswirkung gilt — entsprechend dem § 629 I, 2 — für denjenigen Dritten, der selbst das elterliche Verhältnis oder die elterliche Gewalt für sich in Anspruch nimmt. Auch hier ist entsprechend dem früher[31]) Ausgeführten die Rechtskraft gegenüber demjenigen zu verneinen, der selbst das Kind zu sein behauptet.[32])

II. Übersieht man die erörterten Bestimmungen, so ergibt sich, dass die absolute Wirkung der Urteile, welche den Anfechtungsklagen und den Ehenichtigkeitsklagen stattgeben, aus dem konstitutiven Charakter dieser Urteile folgt. Singulär sind die §§ 629 und 643 nur bezüglich der Feststellungsurteile.[33]) Die ihnen beigelegte erweiterte Rechtskraftwirkung wird einerseits durch das öffentliche Interesse, welches Gewissheit der im Verkehr mit Dritten ausserordentlich häufig relevanten Statusverhältnisse verlangt, dringend gefordert, anderseits aber dadurch ermöglicht und gerechtfertigt,[34]) dass die absolute Rechtskraft Hand in Hand geht mit den Eigentümlichkeiten des Verfahrens, die eine objektiv richtige Entscheidung garantieren sollen.[35]) [36]) Diese Eigentümlichkeiten

30) Vgl. dazu oben Note 27.

31) Vgl. oben bei Note 26.

32) Beispiel: Die Ehefrau ist bei der ersten Niederkunft gestorben. Das Kind wurde bald darauf geraubt. Nach Jahren tritt der X als das Kind auf und siegt im Feststellungsprozess. Später wird das wirkliche Kind entdeckt. Die Rechtskraft steht ihm nicht entgegen. Wird es nun als das eheliche Kind anerkannt, so wirkt dieses Urteil als das spätere auch insofern, als nun feststeht, dass das erstgenannte untergeschoben ist.

33) Das sind auch die Urteile, welche jene Klagen (auf Erlass konstitutiver Urteile) abweisen.

34) De lege ferenda, während man, wenn eine Erstreckungsvorschrift fehlen würde, sie nicht etwa aus den Gründen des Textes supplieren könnte.

35) Für die dritten Personen kommt ausserdem die Möglichkeit in Betracht, als (streitgenössischer, § 69 CPO.) Intervenient an dem Prozesse teilzunehmen. Auch die Restitutionsklage kann der Dritte erheben, so namentlich, wenn das Urteil durch eine unerlaubte Handlung (§ 580) herbeigeführt ist, und zwar auch so, dass die Anschliessung als Intervenient erst in Verbindung mit der Wiederaufnahmeklage erfolgt. Vgl. unten § 26.

36) Ganz anders ist die Auffassung der besprochenen Bestimmung bei Mendels-



rechtfertigen zugleich den ungemein wichtigen Unterschied, der zwischen dem jetzigen Rechtszustand und dem bisherigen Rechte besteht. Im gemeinen Rechte [37]) war auf Grund der römischen Bestimmungen über den Ingenuitäts- und Kindesprozess die herrschende Ansicht auch bezüglich der Eheprozesse im wesentlichen zu den jetzt sanktionierten Sätzen gelangt. Während aber heute die Rechtskraft nur durch Wiederaufnahme beseitigt werden kann, ermangelte bisher das Urteil der Wirkung gegen den Dritten, wenn es auf Versäumnis oder Kollusion beruhte.

§ 10.

4. Die laudatio auctoris.

I. Die laudatio auctoris setzt voraus, dass der Beklagte „als Besitzer einer Sache" oder „auf Beseitigung der Beeinträchtigung oder auf Unterlassung weiterer Beeinträchtigung" verklagt ist. Sowohl im Falle des § 76 CPO., als auch in der neuen Vorschrift des § 77 wird demnach gefordert, dass eine Leistungsklage erhoben ist, dass es sich also um Verfolgung von Ansprüchen im Sinne des BGB. handelt. In § 77 ist dies ausdrücklich gesagt.[1]) In den Fällen des § 76 ergibt es sich daraus, dass es keine Feststellungsklagen gibt, die lediglich dadurch bedingt

sohn-Bartholdy § 28 S. 464 f. Er findet, dass „das legitimus contradictor-Prinzip mit jenem, die Successions- und Gesamtschuldverhältnisse beherrschenden Grundsatz völlig zur Deckung kommt" (S. 467). In dem § 644 CPO. sieht er eine juristisch ungerechtfertigte und je eher, je lieber zu beseitigende Bestimmung (S. 479). Einstweilen haben wir diese für die gegnerische Auffassung allerdings höchst unbequeme Bestimmung und benutzen sie als ein Argument, welches die gegnerische Auffassung de lege lata widerlegt. So auch Gaupp-Stein I S. 75.

37) Ebenso das Sächs. BGB. § 1857, während im preussischen Recht eine Bestimmung fehlt und deshalb Streit ist. (Vgl. Dernburg Pr. Pr. R. I § 138 Nr. 5. III § 43 H. 4, Eccius I S. 292/31. Fischer, Jahrb. 40 S. 185. Nach dem oben S. 8/9 verteidigten Standpunkt gilt jetzt — im Gegensatz zu A.L.R. II, 2 §§ 17/18 — das als ehelich festgestellte Kind als ehelich auch gegenüber den Lehens- und Fideikommissanwärtern.) Nach Sächs. BGB. §§ 1865/6 wirkt der Ausgang eines Rechtsstreits, den die Mutter gegen den angeblichen Schwängerer führte, auch für und gegen das Kind, und ebenso war es umgekehrt. Vgl. damit § 644 CPO.

1) Die Klage auf Verbot der Beeinträchtigung macht den im dinglichen Recht liegenden Anspruch auf Unterlassung geltend. Die Klage setzt nach § 1004 BGB. voraus, dass bereits eine Beeinträchtigung stattgefunden hat; nach der generellen Norm des § 259 CPO. ist sie aber schlechthin begründet, wenn zu besorgen ist, dass die zu unterlassende Handlung vorgenommen werde. Vgl. näher Anspr. u. Klagr. S. 388 f., 394. Auch dann ist § 77 CPO. anwendbar.



wären, dass der zu Beklagende Besitzer einer Sache ist. Die Klage auf Feststellung, dass der Kläger Eigentümer der Sache ist oder dass dem Beklagten kein Niessbrauch an ihr zusteht, [2]) wird nur, aber auch schlechthin durch das gegenüber dem Beklagten vorhandene Interesse an der Feststellung begründet, und wenn es vorliegt, kann der Beklagte sich der eigenen Durchführung des Prozesses nicht entziehen. Dagegen erscheint es zulässig, dass der Autor mit Zustimmung des Klägers auch solche Feststellungsprozesse übernimmt und mit Wirkung gegen den zu entlassenden Beklagten durchführt. Dies deshalb, weil der § 76 Abs. 3 jedenfalls analog anzuwenden wäre, wenn angenommen werden müsste, dass die „Ansprüche“ als Forderungen auf Leistung zu verstehen sind. [3])

Die Frage, welche Ansprüche durch den Besitz [4]) als solchen begründet werden, ist in anderem Zusammenhange genauer zu untersuchen. [5]) Die in § 77 bezeichneten dinglichen Ansprüche sind, insoweit sie auf Beseitigung einer störenden Anlage gehen, welche sich auf dem Grundstück des mittelbaren Besitzers befindet, auch gegen diesen begründet, mag der störende Zustand von ihm selbst oder von dem Beklagten herrühren. Solche Ansprüche würden auch ohne eine besondere Bestimmung nach Massgabe des § 76 behandelt werden müssen. [6]) Aber der § 77 soll offenbar eine weitergehende Bedeutung haben und auch solche Eingriffe in das dingliche Recht des Klägers betreffen, welche eine andere Gestalt haben. Immerhin fällt keineswegs jede Eigentumsverletzung unter den § 77, sondern nur eine solche, welche den Anspruch aus § 1004 BGB. [7])

---

2) Es ist auch denkbar, dass beide Klagen miteinander verbunden erhoben werden und dass der Kläger die Feststellung seines bestrittenen Eigentums erreicht, mit der negatorischen Klage aber abgewiesen wird, z. B. deshalb, weil der Beklagte von dem Nichteigentümer wirksam den Niessbrauch bestellt erhalten hat (§§ 892, 1032). Die Eigentumsfeststellungsklage wird übrigens nicht schon dadurch begründet, dass der Beklagte Niessbrauch behauptet oder auf die Sache rechtswidrig einwirkt.

3) Sind sie im Sinne der CPO. zu verstehen, so ergibt der § 76 Abs. 3 direkt die Bejahung.

4) Die nur gegen den Eigentümer als solchen begründeten Ansprüche (vgl unten § 47) bleiben ausser Betracht. Werden sie gegen den Besitzmittler erhoben, so ist die Klage als unbegründet abzuweisen. Der Eigentümer hat allein die Passivlegitimation.

5) Über dingliche Ansprüche vgl. unten § 49, über Besitzansprüche § 50, 2. Vgl. ferner §§ 809, 810 BGB.

6) Vgl. unten § 49 bei Note 7 f. — Zum Ganzen vgl. Entw. I z. BGB. § 944, Motive Bd. 3 S. 428/9, Protok. II Komm. Bd. 3 S. 379 und den vorbildlichen § 324 des Sächs. BGB. Über das bisherige Recht vgl. Krug, Zeitschr. f. C. 20 S. 341 f.

7) Er ist nach §§ 1017, 1027, 1065, 1227 auf andere dingliche Rechte entsprechend anwendbar.

entstehen lässt oder doch die Besorgnis einer Beeinträchtigung des Rechts begründet.[8]) Grosse Schwierigkeiten bereitet die entsprechende Anwendung des § 76 Abs. 3, falls die Beeinträchtigung sich nicht in einer störenden Anlage auf dem von dem Beklagten (als Besitzmittler) besessenen Grundstück darstellt.[9])

II. Wenngleich das Gesetz voraussetzt, dass der Beklagte aus dem erhobenen Anspruch haftbar ist und bleibt,[10]) so gewährt es ihm doch das Recht, aus dem Prozess auszuscheiden, falls der mittelbare Besitzer ihn zu übernehmen bereit ist. Die „Entbindung von der Klage" ist nicht Abweisung wegen Mangels einer Prozessvoraussetzung,[11]) ebensowenig Verneinung seiner Haftung. Beendigt sie aber trotzdem den Prozess gegenüber dem Entlassenen, so kann sie nichts anderes sein, als Verneinung des (prozessualen) Klagrechts auf Grund einer gegen dieses erhobenen Prozesseinrede.[12])[13])

---

8) Beispiel: der beklagte Pächter hat, weil der Verpächter eine entsprechende Servitut prätendiert, auf dem klägerischen Grundstücke Materialien abgelagert, ein Bauwerk errichtet, oder er hat es wenigstens angedroht. Vgl. u. § 49 Note 7—10. — Ansprüche auf Schadensersatz gehören keinenfalls in dem Sinne hierher, dass der Beklagte sich dem Prozess ohne Zustimmung des Klägers entziehen könnte. Aus ihnen haftet der schuldhafte Thäter und möglicherweise auch ein Dritter als Anstifter (§ 830) oder als derjenige, der den Thäter zu der Verrichtung bestellt hat (§ 831). — Von einem Handeln im Auftrag oder „im Namen eines anderen" (so Sachsen § 324) oder in Vertretung eines anderen (so Motive Bd. 3 S. 429) kann hier überhaupt nicht die Rede sein, wenn jene Ausdrücke im technischen Sinn genommen werden.

9) Hierauf kann hier nur hingewiesen werden. Die nähere Verfolgung führt zu weit ab.

10) Hierin liegt der wesentliche Unterschied gegenüber dem § 75 CPO. Durch die Hinterlegung wird der Schuldner gegenüber den beiden Forderungsprätendenten befreit. Er haftet also ihnen keinenfalls mehr auf Zahlung und könnte zu dieser nicht mehr verurteilt werden. Seine „Entlassung aus dem Streit" spricht aus, dass er nicht mehr schuldet. Der fortgesetzte Streit ist ein Streit um den „hinterlegten Betrag" und endet mit der Feststellung, wer der Gläubiger in der Hinterlegungsforderung ist. Vgl. oben S. 33.

11) Prozessvoraussetzung wird hier in einem engeren Sinn als gewöhnlich genommen und von den Klagvoraussetzungen unterschieden (Anspr. u. Klagr. S. 141/4).

12) Gaupp-Stein sagt „die Benennung ist eine Einrede". Aber er meint wohl wie wir die Berufung auf den Eintritt des Autors. Die Befugnis, bis zur Erklärung des Benannten die Verhandlung zu verweigern, ist davon wohl zu unterscheiden.

13) Der Ausdruck wird verstanden als das Recht, die Abweisung der Klage zu verlangen, obwohl die materiellen und prozessualen Voraussetzungen des Klagrechts vorhanden sind. Wie die materielle Einrede das Recht ist, eine geschuldete Leistung zu verweigern, so geben die § 274 II Nr. 3—6 CPO. und § 272 III HGB. dem Beklagten das Recht, den Prozess abzulehnen. (Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 143, 160 f.) Zu ihnen tritt die Einrede des laudierenden Beklagten unter der Voraussetzung des § 76



III. Übernimmt der Benannte den Prozess, so führt er ihn direkt über den gegen ihn selbst gerichteten Anspruch. Dies folgt daraus, dass das Urteil nicht nur formell auf seinen Namen gestellt wird, sondern ihn wie bezüglich der Prozesskosten, so auch in der Hauptsache (zur Herausgabe, zur Beseitigung der Beeinträchtigung, zur Unterlassung) verurteilt und demgemäss auch die entsprechenden Verpflichtungen als für ihn vorhanden rechtskräftig feststellt. Die Verurteilung des jetzigen Beklagten setzt voraus, dass der gegen ihn behauptete Anspruch als begründet erscheint.[14])

Wie er aus seiner Person alle Einwendungen entnehmen kann, welche das gegen ihn gestellte Klagbegehren als unbegründet erscheinen lassen, so ist er anderseits auch auf diese beschränkt. Der ursprüngliche Beklagte ist nicht mehr Partei. Deshalb sind Einwendungen, die der Benannte aus den jenem allein[15]) zustehenden Rechtsbehelfen entnehmen will, ex persona tertii hergeleitet und demnach unzulässig. Der erste Beklagte, der aus dem Prozess ausscheidet, gibt also damit die Möglichkeit auf, dass die Zurückweisung des Herausgabeanspruchs wegen der

IV. CPO. Die Entbindung von der Klage unterscheidet sich von der Abweisung wegen Mangels einer Prozessvoraussetzung (im Sinne der Note 11) dadurch, dass im letzteren Fall die Klage unter Beseitigung des prozessualen Mangels alsbald wieder angestellt werden kann, während die Prozesseinrede der neuen Klage solange entgegensteht, als die sie begründende Thatsache besteht. Wie der Beklagte, solange die Rechtshängigkeit dauert, der Klage zu wiederholten Malen die entsprechende Einrede entgegensetzt, so ist auch der Entlassene gegen die Wiederholung unserer Klage geschützt, so lange der Prozess gegen den Autor schwebt. Ist der Autor rechtskräftig verurteilt, so ist die Wiederholung der Klage unzulässig, weil das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers befriedigt ist (vgl. a. a. O. S. 164fg.). Ist die Klage gegen den Autor abgewiesen, so hat der Entlassene wie jener die Berufung auf die Rechtskraft.

14) Hierbei ist es von Bedeutung, ob man der Ansicht ist, dass die durch den Besitz begründeten Ansprüche auch gegen den mittelbaren Besitzer bestehen, eine Frage, die entschieden zu bejahen ist. Vgl. unten § 36 a. E. Hat der Benannte mit Zustimmung des Klägers den Prozess auch über die von dem Kläger behaupteten persönlichen Ansprüche übernommen, so kann hierin, falls der Eintretende nicht schon ebenfalls aus ihnen haftet, nichts anderes als ein (accessorischer) Eintritt in die streitige Schuld gefunden werden. — Hat der Benannte den gegen den ersten Beklagten begonnenen Feststellungsprozess übernommen (oben bei Note 3), so liegt in der Übernahme die Aufnahme der Rechtsbehauptung, die das Feststellungsinteresse gegenüber dem Entlassenen begründete; war gegen ihn ein Feststellungsklagrecht nicht schon vorher begründet, so ist es jetzt begründet worden. Thatsächlich wird in den ganz überwiegenden Fällen die Situation so liegen, dass bereits vor der Übernahme auch von dem Benannten eine das Feststellungsklagrecht erzeugende Rechtsberühmung oder Rechtsbestreitung ausgegangen war.

15) Vgl. Note 16 a. E.



ihm etwa wegen Pfandrechts oder Niessbrauchs zustehenden Einrede[16]) erzielt werde.[17])

IV. Indem nun das Gesetz (§ 76, IV) bestimmt, dass die Entscheidung in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Entlassenen wirksam und vollstreckbar ist, so bedeutet dies nicht nur eine Erweiterung der subjektiven Rechtskraftsgrenzen, sondern auch eine Ausnahme von dem objektiven Erfordernis der eadem res. Denn der Herausgabeanspruch gegen den Mieter ist ein anderer, als der gegen den Vermieter gerichtete.[18]) Beide haften, weil sie beide Besitzer sind, beide schulden die Beseitigung des beeinträchtigenden Zustandes,[19]) beide haften aus den persönlichen Ansprüchen, deren Abwehr der Benannte gemäss § 76, III übernommen hatte.

Der Benannte prozessiert demnach wirksam über seine eigene Verpflichtung, indirekt aber auch über die Verpflichtung des Entlassenen und die prozessuale Situation ist insofern derjenigen gleich, welche sich ergibt, wenn der auf Herausgabe einer Sache Beklagte den Besitz nach dem Prozessbeginn einem Dritten als seinem Unterbesitzer[20]) überträgt. In dem letzteren Fall beruht seine Macht, mit Wirksamkeit gegen den Unterbesitzer zu prozessieren, auf der gesetzlichen Bestimmung, deren Zweck es ist, dem Kläger das Recht sicher zu stellen, mit dem bei Beginn

16) Dass ihm eine solche — aufschiebende — Einrede wegen Niessbrauchs oder Pfandrechts zustehen kann, obwohl der Besteller ein Nichteigentümer war und deshalb die Herausgabe nicht verweigern kann, ergibt sich aus § 892, 1207, 1232, BGB. in Verbindung mit § 986. — Auch das ist möglich, dass der beklagte Mieter aus dem von dem früheren Eigentümer vor dem Verkauf geschlossenen Mietvertrag gemäss § 571 BGB. eine Einrede gegen den Eigentumsanspruch des Klägers (des Käufers) entnehmen könnte. Diese Einrede kann auch der Benannte vorbringen, falls der Kläger ihm gegenüber zur Einhaltung des Mietvertrags verpflichtet ist.

17) Dass der Entlassene Rechte, die ihm selbständig zustehen, nicht mehr geltend machen kann, ist schon von anderer Seite zutreffend hervorgehoben, vgl. Gaupp-Stein zu Note 23 zu § 76. — Erzwingt der Kläger die Herausgabe des Pfandes, so verliert der Entlassene sein Pfandrecht, arg. § 1253 BGB.

18) Wie sehr sie verschieden sind, zeigt sich besonders greifbar in dem Falle, dass der Nichteigentümer die nicht abhanden gekommene Sache dem gutgläubigen Beklagten verpfändet hat. Der Anspruch auf Herausgabe ist gegen den (eingetretenen) Verpfänder pure begründet, der Anspruch gegen den Beklagten ist einredebehaftet. Vgl. Note 16.

19) Die Beseitigung geschieht auf Kosten des Beseitigungspflichtigen (§ 1004). Sie haften also beide für die Kosten.

20) Überträgt er den Besitz auf einen anderen Eigenbesitzer, so tritt dieser in Ansehung der durch den Besitz bedingten Ansprüche vollständig an Stelle des Veräusserers und dieser prozessiert lediglich über die fremde Verpflichtung. Vgl. unten § 25, III.



des Prozesses allein vorhandenen Gegner den Prozess durchzuführen; im Falle des § 76 aber ist die Verleihung der Prozessführungsmacht das notwendige Korrelat der Bestimmung, dass der Kläger es sich gefallen lassen muss, dass der Prozess an Stelle des ihm haftbar bleibenden und doch nicht mehr belangbaren Besitzmittlers (Note 13) von dem an dem Ausgang des Prozesses in erster Linie Interessierten übernommen wird.[21]) Das Urteil hat dieselbe Wirkung, als wenn der Kläger den mittelbaren und den unmittelbaren Besitzer zusammen belangt hätte oder als wenn der Benannte nicht an Stelle des Beklagten, sondern neben ihn in den Prozess eingetreten wäre.

Die Situation, die der § 76 IV CPO. voraussetzt, tritt insofern nicht ohne Willen des ersten Beklagten und des Benannten ein, als ohne ihren auf die prozessuale Succession gerichteten Willen der Prozess so, wie er begonnen ist, weiterläuft. Aber unrichtig ist es, wenn man den Grund für die Wirksamkeit des Urteils darin finden will, dass der Entlassene sich dem Resultate der fremden Prozessführung unterwerfe. Eine solche Auffassung entspricht der Neigung, die von dem Gesetz an bestimmte Thatbestände geknüpften Wirkungen auf den stillschweigenden Willen der Parteien zurückzuführen.[22]) Es ist aber sicher, dass es in keiner Weise darauf ankommt, was die Beteiligten als die Wirkung der Übernahme gedacht und gewollt haben.

Tritt der Benannte trotz der Aufforderung des Beklagten nicht in den Prozess ein, so kann man gewisslich von ihm sagen, dass er die fremde Prozessführung über eine Streitsache duldet, die ihn in erster Linie angeht. Würde der von der gemeinrechtlichen Lehre aus l. 63 D. 42. 1 abgeleitete Satz richtig sein, dass in solchem Verhalten eine wirksame stillschweigende Unterwerfung unter die Rechtskraft liege, so müsste im bisherigen Recht das gegen den Beklagten ergehende Urteil

---

21) In der von Kohler, Zeitschr. f. C. 12 S. 152 (ges. Beitr. S. 345), eingeführten Terminologie liegt eine Prozessstandschaft vor. Aber im Gegensatz zu den oben § 8 B II 1 besprochenen Fällen ist ihr Grund kein civilistisches Verhältnis (zwischen dem mittelbaren und dem unmittelbaren Besitzer). Der Vermieter u. s. w. hat über die Rechte des Mieters keine Verfügung. Es fehlt ein civilistisches Abhängigkeitsverhältnis. (Richtig Krug, Zeitschr. f. C. 20 S. 395/7.) Welche Wirkung Anerkenntnis, Verzicht und Vergleich haben, beurteilt sich ebenso, wie im Falle des § 265 CPO.

22) Ist diese Auffassungsweise bei materiellrechtlichen Fragen zu bekämpfen, so ist sie in Beziehung auf die Konstruktion von prozessrechtlichen Folgen um so mehr abzulehnen.



gegen den Benannten wirksam sein. Mit Recht wird dies allgemein abgelehnt[23]) und auch nach dem jetzigen Recht fehlt jede Voraussetzung für die Rechtskrafterstreckung, da der beklagte Besitzmittler über den gegen ihn selbst gerichteten Anspruch prozessiert und das Urteil nur über diesen ergeht.

V. Nicht jedes Urteil, welches gegenüber dem Übernehmer ergeht, ist gegen den Entlassenen wirksam. Die Ausdehnung der Rechtskraft findet nur insoweit statt, als der Unternehmer die Macht der Prozessführung über die Rechtsverhältnisse des Entlassenen besitzt, und er hat sie nur insoweit, als es sich um das Rechtsverhältnis handelt, welches zur Zeit der Übernahme Prozessgegenstand war. Erweitert der Kläger nachher seinen Klagantrag[24]) oder nimmt er eine Klagänderung vor, so bleibt es dabei, dass das Urteil res inter alios acta ist. Ganz ebenso, wenn etwa der Benannte eine Widerklage erhebt.

VI. Durchaus verschieden von den den §§ 76/7 zu Grunde liegenden Rechtsverhältnissen ist der in § 9 IV des Warenzeichengesetzes vom 12./5. 1894 vorgesehene Fall. Hier handelt es sich um die Klage auf Löschung des Warenzeichens, also um eine Klage auf konstitutives Urteil.[25]) Der wesentlichste Unterschied aber liegt in folgendem. Durch die formlose Einigung geht das Recht über,[26]) die Klage ist aber schlechthin gegen

23) A. M. für das preussische Recht Eccius III § 180 Note 95, der sich auch darauf stützt, dass das Urteil gegen den Autor vollstreckbar sei, wenn er die Sache nach dem Prozessbeginn von dem Besitzmittler zurückerhalte. Wenn dies richtig wäre, so könnte der Grund nur in der Succession in den Besitz der streitigen Sache liegen (§ 265, 727 CPO.), und es könnte deshalb mit jenem Satz nicht bewiesen werden, was bewiesen werden soll. Allein jener Satz ist auch zu bestreiten. Mit Recht verneint Dernburg Pr. Pr.R. I § 246 Note 9, dass A. G. O. I. 17 § 39 noch neben § 73 CPO. (alter Fass.) weitergegolten und zur Erstreckung der Rechtskraft geführt habe; man darf aber auch nicht, wie es Dernburg thut, zugeben, dass aus der Litigiosität die Vollstreckbarkeit folge, da definitive Vollstreckbarkeit die Rechtskraft voraussetzt. Vgl. oben § 6, III. — Sieht man auf das Reichsrecht, so ist zu sagen: der Vermieter war schon vor dem Prozessbeginn Besitzer (§ 868 BGB.); er ist nicht der Rechtsnachfolger des Mieters (im Besitz), wenn des Mieters Besitzmittlereigenschaft aufhört. Vgl. unten § 48 bei Note 20.

24) Eine solche Erweiterung liegt auch vor, wenn der Kläger nach der Übernahme des über den Eigentumsanspruch schwebenden Prozesses Feststellung seines Eigentums oder Erbrechts beantragt. Über die analoge Frage im Falle der Wertveräusserung vgl. unten § 23, III, 1.

25) Vgl. Anspr. und Klagr. § 58 Note 13.

26) Vgl. § 7, I des W.Z.G., und besonders § 9, IV, welcher von der Möglichkeit spricht, dass vor der Erhebung der Klage ein „Rechtsübergang" stattgefunden hat. Die Eintragung in die Zeichenrolle hat nicht die Bedeutung, wie die zur Entstehung



den in der Zeichenrolle Eingetragenen zu richten, auch wenn er nicht mehr der Berechtigte ist (§ 9, III). Die Situation ist also analog derjenigen, welch sich gemäss § 1148 BGB. ergibt, wenn der Hypothekar gegen den eingetragenen non-dominus Klage erhebt. — Die entsprechende Anwendung des § 76 CPO. hat demgemäss den Sinn, dass der Rechtsnachfolger nach erlangter Eintragung[27]) berechtigt ist, an Stelle des Nichtberechtigten, der aber nach jener Sonderbestimmung trotzdem der richtige Beklagte war, mit dessen Zustimmung[27a]) den Prozess zu übernehmen.[28]) Ist die Eintragung des Nachfolgers nach der Klagerhebung, aber vor der ersten Verhandlung erfolgt, so kommt auch der § 76 Abs. 1 CPO. zur entsprechenden Anwendung.

Das Urteil, welches gegen den ursprünglichen Beklagten ergeht, wirkt unbedingt gegen den nicht eingetretenen Rechtsnachfolger,[29]) das Urteil welches gegen diesen selbst ergeht, falls er eintritt, wirkt auch gegen den entlassenen Beklagten. Beides beruht auf besonderen Gründen, die für den Fall des § 76 CPO. nicht in Betracht kommen:[30]) ersteres darauf, dass der Eingetragene trotz seiner Nichtberechtigung der richtige Beklagte war, als die Klage erhoben wurde,[31]) letzteres darauf, dass die Löschung das Recht aufhebt.

§ 11.

5. Die Rechtskrafterstreckung gemäss § 856 CPO.

I. Die Pfändung erzeugt bereits ein Pfandrecht an der Forderung, welches nach § 804 CPO. dem Gläubiger im Verhältnis zu anderen Gläubigern „dieselben“ Rechte gewährt, wie ein nach bürgerlichem Rechte

---

des Rechts erforderliche Eintragung im Grundbuch. Sie stellt nur die Legitimation zur Ausübung der bereits erworbenen Rechte dar (§ 7 II). Vgl. auch Patentgesetz § 19 II.

27) Vorher ist und bleibt der noch eingetragene Veräusserer ebenso der allein Legitimirte, wie der eingetragene Nichteigentümer im Falle des § 1148 BGB.

27a) Die Zustimmung des Klägers ist nur insoweit erforderlich, als gegen ihn auch persönliche Ansprüche geltend gemacht sind.

28) Vgl. näher unten Kapitel IV § 55.

29) So ausdrücklich § 9 IV Satz 1. Dass es auch für den Rechtsnachfolger wirkt, ist auch hier selbstverständlich.

30) Es ist zu beachten, dass § 9 IV den § 76 CPO. nur insofern für entsprechend anwendbar erklärt, als es sich um „die Befugnis des Rechtsnachfolgers, in den Rechtsstreit einzutreten“, handelt.

31) Ebenso wie im Falle des § 1148 BGB., vgl. unten Kap. IV.

gültig erworbenes Vertragspfandrecht. Dem Drittschuldner gegenüber hat der Vertragspfandgläubiger nach Fälligkeit der Pfandschuld alsbald das Recht, die Leistung einzuziehen (§ 1282); aber trotzdem braucht der Drittschuldner dem Gläubiger die Zahlung nur dann zu leisten, wenn er direkt oder durch den Gläubiger eine schriftliche[1]) Anzeige über die Verpfändung und über den Eintritt derjenigen Voraussetzungen erhält, von denen das Einziehungsrecht des Gläubigers abhängt.[2])

Bei der Pfändung einer Forderung ersetzt die Überweisung zur Einziehung diese förmlichen Erklärungen des Schuldners, durch welche der Pfandgläubiger sich sonst zu legitimieren hat.[3]) Als Pfändungspfandgläubiger legitimiert er sich durch den Überweisungsbeschluss und auch als Konventionalpfandgläubiger kann er ihn erwirken, um seine Berechtigung zur Ausübung der nach Eintritt der Fälligkeit der Pfandschuld zweifellos bereits vorhandenen Einziehungsbefugnis zu erweisen.

Auch bei Mehrheit der Pfändungspfandrechte kann der Pfändungspfandgläubiger, solange nicht an den Drittschuldner das Verlangen gestellt ist, dass er hinterlege,[4]) zweifellos auf Zahlung an ihn selbst

1) Die mündliche Anzeige genügt zur Entstehung des Pfandrechts, ebenso wie die einfache Einigung über die Abtretung den Forderungsübergang herbeiführt. Die Notwendigkeit der schriftlichen Anzeige ergibt sich aus § 410 BGB. verbunden mit § 1275.

2) § 1282 BGB. Dass der Drittschuldner den Eintritt der im Text bezeichneten Voraussetzungen nicht auf eigene Gefahr zu prüfen braucht, ist im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt, aber m. E. nicht zu bezweifeln. Jedenfalls gilt § 94 CPO.

3) CPO. § 836. Merkwürdigerweise glaubt man auch noch im Rahmen des jetzigen Reichsrechts die Rechtslage dadurch aufhellen zu können, dass man sagt, der Gläubiger werde durch die Überweisung procurator in rem suam. (So z. B Struckmann-Koch Bem. 3 zu § 835, vgl. auch unten Note 22.) — Infolge der Arrestpfändung hat der Pfandgläubiger ein Recht auf Zahlung (an ihn) ebensowenig, wie nach BGB. § 1281 vor der Fälligkeit der Pfandschuld. Deshalb kann keine Überweisung zur Einziehung erfolgen. Eine andere Frage ist, ob der Arrestpfandgläubiger nicht eine Überweisung in dem Sinne erhalten kann, dass er Hinterlegung fordern kann. In § 839 CPO. wird eine derartige Überweisung vorgesehen. Im Arrestverfahren schweigt das Gesetz. Keinenfalls kann er den Drittschuldner auf Grund der blossen Arrestpfändung zur Zahlung zwingen. Aber die analoge Anwendung des § 839 CPO., die bereits Oswalt, Ztschr. f. C. 11 S. 182 f. für das bisherige Recht vertreten hat, dürfte geboten sein und in § 1281 BGB. nunmehr eine wesentliche Unterstützung finden. Die herrschende Ansicht verneint. (Litteratur bei Struckmann-Koch Bem. 2 Abs. 4 zu § 930.)

4) CPO. § 853. Nachherige Zahlung befreit den Drittschuldner nach der herrschenden Meinung auch dann nicht, wenn sie an den prior creditor geschah. Muss also der Drittschuldner trotzdem hinterlegen, so kann dies nur bedeuten, dass die Zahlung ihren Zweck der Befreiung nicht erreichte und deshalb Seitens des Drittschuldners zurückgefordert werden kann. Am Verteilungsverfahren nimmt dann auch jener prior creditor teil und



klagen, wobei er allerdings riskiert, dass der Drittschuldner von dem ihm in § 856 CPO. gewährleisteten Recht Gebrauch macht. Ebenso ist es zweifellos, dass Verurteilung zur Leistung an ihn selbst nur der erste Pfandgläubiger verlangen kann.[5])

Für sicher halte ich es, dass der Ausgang eines solchen Prozesses weder einem anderen Gläubiger noch dem Schuldner nützt oder schadet. Ersteres folgt per argumentum e contrario aus § 856 CPO., letzteres daraus, dass keinerlei Grund vorliegt, weshalb das Urteil über das abgeleitete Recht des Pfandgläubigers Rechtskraft über das bestehen bleibende und nur in Beziehung auf seine Ausübung geminderte andere Recht des Schuldners schaffen sollte.[6]) Anders würde es dann sein, wenn der Pfandgläubiger noch jetzt wie nach früherem preussischen Recht kein Pfandrecht erwerben würde, sondern die Ermächtigung erhielte, die Forderung des Schuldners einzuklagen.[7]) Auch eine Reflexwirkung der gegen ihn ergangenen Abweisung kann man nicht annehmen, da der Pfandgläubiger weder nach dem BGB. noch nach der CPO. eine freie Verfügung über die Forderung (nach Art des Gesamtgläubigers des § 429 BGB.) hat.[8])

II. Besondere Grundsätze gelten auch dann nicht, wenn bei Verpfändung einer Forderung der Verpfänder oder der Pfandgläubiger ge-

erhält den auf ihn entfallenden Betrag; nicht etwa fällt dieser an den posterior creditor, wie dies der Falle sein würde, wenn der Drittschuldner zur Hinterlegung zu gunsten der sämtlichen Gläubiger mit Ausnahme des Befriedigten verurteilt würde, falls gemäss § 856 geklagt wird. Entgegengesetzt Weigelin, Pfändungspfandr. S. 87.

5) Ausdrücklich bestätigend für den Fall der Verpfändung § 1290 BGB. Es versteht sich dies von selbst und war auch nach bisherigem Recht schon so.

6) Zu entgegengesetzten Resultaten gelangt die herrschende Meinung. Aber weshalb soll die Abweisung hier eine grössere Wirkung haben, als wenn der Faustpfandgläubiger wegen Verneinung des Eigentums des Verpfänders abgewiesen wird? Vgl. auch oben § 5 S. 43/5.

7) So § 3 des preussischen Gesetzes v. 5./7. 1822, welches für die Geschichte der Entstehung der Bestimmungen der CPO. eine grosse Bedeutung hat. Vgl. m. Verpf. u. Pfändung von Forderungen S. 101 f., 212 f.

8) Daraus, dass der Pfandgläubiger bei Gleichartigkeit der Pfandschuld und der gepfändeten Forderung auch ohne wirkliche Empfangnahme der Leistung sich für sich befriedigt erklären, also auch aufrechnen kann, ist freies Verfügungsrecht des Gläubigers keineswegs abzuleiten. Vgl. neuestens Falckmann bei Gruchot 44 S. 114, der im wesentlichen die von mir für das bisherige Recht vertretene Ansicht (Verpf. u. Pfändung S. 141/4) für das Reichsrecht zutreffend begründet, aber m. E. mit Unrecht annimmt, dass der Pfandgläubiger die Forderung zwar nicht verkaufen, aber verschenken könne.

mäss § 1281 BGB. auf Zahlung an alle oder auf Hinterlegung für alle geklagt hat. Der Sieg des einen nützt dem anderen, wenn der Sieger das Urteil zur Vollstreckung bringt,[9]) aber seine Zurückweisung gibt dem Drittschuldner nicht das Recht, sich auf die Rechtskraft zu berufen, um die Klage des zweiten Gläubigers als unbegründet hinzustellen. Dies ist hier sowenig der Fall, wie in der gleichgearteten Situation des § 432 BGB. und in den zahlreichen analogen Fällen des BGB.[10])

III. Dagegen bestehen eigentümliche Vorschriften für den Fall, dass eine Forderung für mehrere gepfändet ist und ein Gläubiger nach Erlangung des Überweisungsbeschlusses auf Hinterleguug geklagt hat.

1) Singulär ist zunächst die Bestimmung, dass jeder Gläubiger die Hinterlegung fordern kann. Dies ist eine Anomalie deshalb, weil der materielle Gehalt der konkurrierenden Pfandrechte ein sehr verschiedener ist.[11]) Dies zeigt sich eklatant darin, dass der Drittschuldner ganz zweifellos so lange, bis die Aufforderung zur Hinterlegung an ihn gelangt ist, sich immer noch durch Zahlung an den prior creditor oder durch Aufrechnung mit Wirkung gegen alle befreien kann.[12]) Darin liegt der wesentliche Unterschied gegenüber den unter II. betrachteten Fällen, in denen von vornherein nur die Leistung an alle liberierend wirkt. Wenn trotzdem das Gesetz jedem durch Überweisungsbeschluss legitimierten Gläubiger das Recht gibt, Hinterlegung (für alle) zu verlangen und darauf zu klagen, so steht dies im Widerspruch mit dem zu Grunde liegenden Verhältnis und ist die Quelle von vielen kaum zu entwirrenden Schwierigkeiten.

Die Gläubiger des Drittschuldners sind einerseits immer noch der Vollstreckungsschuldner, der nur sein Recht auf die Leistung nicht ausüben kann, solange die Berechtigungen der Pfandgläubiger bestehen, anderseits diese selbst nach Massgabe ihres Rangverhältnisses. Würde der § 850 CPO. fehlen, so hätte der Drittschuldner an jedem der Pfandgläubiger denjenigen Betrag zu zahlen, welcher ihm nach Massgabe des

---

9) Das ist eine kleine Rechtskrafterstreckung, vgl. oben S. 24.

10) Z. B. § 1011, 1079, 2039, vgl. näher Anspr. u. Klagr. S. 182 f., bes. S. 185/8, 206.

11) Im Gegensatz zu den vorbildlichen Bestimmungen der §§ 362/4 der Preuss. KO. v. 8./5. 1855, nach denen alle Gläubiger gleichberechtigt (aber keine Pfandgläubiger!) waren und aus ihren gemeinschaftlichen Rechten gemeinschaftlich klagen mussten. In Verpf. u. Pfändung S. 212 f. ist die interessante Entstehung der §§ 650/54 CPO. (alte F.) genauer von mir dargelegt.

12) Vgl. oben S. 80.



Prioritätsverhältnisses zur Deckung der Vollstreckungsforderung zukommt. Hinterlegt er gemäss dem § 850 CPO., so hat diese Hinterlegung dieselbe Art von Wirkung, wie die Hinterlegung zur Schuldbefreiung, die gemäss dem § 372 BGB. stattfindet. Die Hinterlegungsstelle vertritt also nicht etwa die Gläubiger, sondern sie schliesst den Hinterlegungsvertrag suo nomine mit dem Drittschuldner ab als einen Vertrag auf Leistung an Dritte. Als derjenige, „für" welchen hinterlegt wird, [13]) ist nicht ein einzelner Gläubiger zu bezeichnen, anderseits auch nicht schlechthin der- oder diejenigen, die aus der gepfändeten Forderung gegenüber dem Drittschuldner berechtigt sind,[14]) sondern die gemäss den Pfändungsbeschlüssen beteiligten Gläubiger (§§ 853, 872). Der unanfechtbar gewordene Teilungsplan (§§ 876, 882) stellt dann fest, wer von den Konkurrenten ein Recht auf Auszahlung hat.[15])

Hieraus ergibt sich, dass man das materielle Recht auf Zahlung gegen den Drittschuldner und das durch die CPO. § 853 verliehene Recht, die Hinterlegung zu fordern, scharf unterscheiden muss. Das letztere steht jedem Pfändungspfandgläubiger ganz ohne Rücksicht darauf zu, ob er von dem Drittschuldner Zahlung (an ihn selbst) verlangen könnte.[16]) Es ist ein formales Recht, das schlechthin auf Grund der Pfändungsüberweisung entsteht und dessen Ausübung der Drittschuldner nicht aus dem Grund widersprechen kann, dass der Kläger kein Anrecht auf den hinterlegten Betrag habe.

Die Mitberechtigten können die Klage zusammen als Streitgenossen erheben, im Gegensatz zu § 365 der Preussischen Konkursordnung vom 8. Mai 1855 aber auch als einzelne. Sobald ein Gläubiger die Klage erhoben hat, haben die anderen nur das Recht, sich als Streitgenossen an-

---

13) Dies ist bekanntlich der Ausdruck des BGB. § 372.

14) Deshalb wirkt diese Hinterlegung nicht gegenüber anderen, als den beteiligten Pfändungspfandgläubigern, so z. B. nicht gegenüber einem älteren Konventionalpfandgläubiger oder Cessionar. Will der Drittschuldner wegen Ungewissheit der Gläubigerschaft hinterlegen, so muss er gemäss § 372 BGB. verfahren. Dieses Recht wird ihm auch dadurch nicht genommen, dass einer der Pfändungspfandgläubiger Hinterlegung gefordert hat. Mit Unrecht bestreitet dies Weigelin, Pfandr. an Ford. S. 83, richtig Voss, civ. Arch. 83 S. 385.

15) Die Situation ist ganz analog der des § 75 CPO. Dort wirkt die Hinterlegung liberierend gegenüber den streitenden Prätendenten und das zwischen ihnen ergehende Urteil stellt fest, wer der Hinterlegungsgläubiger geworden ist.

16) So also dem secundus creditor auch dann, wenn der Betrag der gepfändeten Forderung völlig zur Deckung des primus erforderlich ist. Ganz anders das preussische Recht, vgl. oben Note 11.



zuschliessen. Einer zweiten Klage kann der Drittschuldner zwar nicht, wie allgemein angenommen wird, die Einrede der Rechtshängigkeit entgegensetzen, wohl aber eine Prozesseinrede, welche ebenso wie jene zu der Abweisung des zweiten Klägers führt.[17])

2) Sind die Konkurrenten Streitgenossen, sei es von Anfang an, sei es durch nachträgliche Anschliessung,[18]) so macht es allen gegenüber Rechtskraft, weil es gegenüber allen, also über das Recht jedes einzelnen ergeht. Mit Rücksicht auf § 856 IV kann die Entscheidung über die Frage, ob der Beklagte zu hinterlegen hat, nur einheitlich lauten, während die Entscheidung über die Frage, ob der Einzelne das Recht, die Hinterlegung fordern zu können, besitzt, sehr verschieden beantwortet werden kann.

Macht der andere Gläubiger von dem Rechte der Anschliessung keinen Gebrauch, so macht das Urteil, welches den Drittschuldner zur Hinterlegung verurteilt, stets auch gegenüber dem Gläubiger, der nicht Partei ist, das Bestehen der Schuld unbestreitbar.[19]) Dagegen kann der Drittschuldner sich gegenüber einem solchen Gläubiger auf „die ihm günstige Entscheidung“ nicht berufen, wenn er ihn nicht zum Termin zur mündlichen Verhandlung[20]) geladen hat.[21]).

---

17) Analog, wie in dem oben § 10 Note 13 und unten § 22 bezeichneten Fall.

18) Ihre Stellung ist in beiden Fällen gleich. Der sich anschliessende wird Streitgenosse, nicht etwa nur streitgenössischer Intervenient, wie man vielfach (z. B. Struckmann-Koch Bem. 2 zu § 856) im Widerspruch mit dem Wortlaut und dem Sinn des § 856, II annimmt. Das Urteil wird auf den Namen sämtlicher Streitgenossen gestellt und kann von jedem zur Vollstreckung gebracht werden.

19) Das Gesetz statuiert nur Wirksamkeit, nicht Vollstreckbarkeit und der in dem Urteil nicht genannte Gläubiger hat weder nach § 727 CPO., noch auf Grund einer besonderen Norm die Möglichkeit, vom Gerichtsschreiber eine vollstreckbare Ausfertigung zu erlangen. Es bleibt ihm nur der Weg zur Klage nach dem oben § 6 I, 1 (S. 47) Gesagten. Der Klagweg steht aber nur dem Gläubiger offen, der durch Überweisungsbeschluss legitimiert ist, also dem Arrestpfandgläubiger nur nach Massgabe des in Note 3 Gesagten, obwohl er, wenn er sich anschliesst, Streitgenosse (Note 18) wird.

20) Der Sinn des Gesetzes ist offenbar, dass er die nicht mitklagenden Gläubiger schon zum ersten Termin laden muss. Ladet er sie später, so bleiben die Prozesshandlungen, welche in den früheren Terminen von dem einzigen Kläger vorgenommen sind (z. B. Geständnisse, Verzichte), auch für den weiteren Verlauf des Prozesses massgebend; sie verlieren ihre Kraft nicht dadurch, dass später ein zweiter Streitgenosse hinzukommt und bestreitet. — Der zweite Gläubiger wird sich, wenn er nach der ersten Verhandlung geladen wird, hüten, sich anzuschliessen, falls der Prozess in eine ungünstige Situation geraten ist. Denn wenn er sich anschliesst, ergeht das Urteil auch auf seinen Namen und er kann sich auf die Verspätung der Beiladung nicht mehr berufen.

21) Ein Prozessvergleich des Einzelnen führt zu keiner Entscheidung, also auch



Diese Rechtskraftausdehnung ist nach mehrfachen Richtungen hin höchst singulär.[21a])

a) Jeder der Gläubiger hat ein selbständiges Recht, über welches der andere nicht verfügen kann. Es findet sich kein Abhängigkeitsverhältnis, welches die Erstreckung motivieren könnte. Vielmehr steht sie im schneidenden Gegensatz zu der Rechtsstellung der Pfandgläubiger, wie sie sich aus dem Rangverhältnis ergibt, und zu der Regelung, welche das Verhältnis konkurrierender Pfandgläubiger in dem BGB. (§ 1290) gefunden hat. Die wenig befriedigende Regelung des Verhältnisses der Pfändungspfandgläubiger erklärt sich nur aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes, aus dem Übersehen des fundamentalen Unterschieds, welcher gegenüber dem vorbildlichen preussischen Recht dadurch begründet wurde, dass man aus der Pfändung ein Pfandrecht entspringen liess, und aus der falschen Vorstellung, welche man sich über die Bedeutung des Überweisungsbeschlusses machte.[22])

Das Gesetz verleiht also jedem der Pfandgläubiger trotz Verschiedenheit ihrer Pfandrechte nicht nur ein gleiches Recht auf Erzwingung der Hinterlegung, sondern auch die prozessuale Macht, in der Entscheidung über das eigene Recht auf Hinterlegung eine solche über das Recht der Mitgläubiger herbeizuführen.

---

zu keiner Rechtskraft. Er beendigt den Prozess und es steht der Klage des zweiten Gläubigers formal nichts mehr im Wege (vgl. bei Note 17). Eine andere Frage ist, ob die an den Kläger geleistete Zahlung gegenüber den anderen Gläubigern wirkt. Das ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn die Zahlung vor der Aufforderung (§ 853) und an den prior creditor geschah.

21a) Dies erkennt auch Mendelssohn-Bartholdy S. 489f. an. Er stellt die Vorschrift des § 856 CPO. mit der der §§ 144f. KO. zusammen. Bei dieser Gelegenheit mag bemerkt werden, dass ich durch seine Bemerkungen über die in §§ 144f. angeblich enthaltene „Quasipopularklage" nicht veranlasst bin, meine schon früher angedeutete und oben S. 24/7 näher ausgeführte „abwegige Ansicht" zu modifizieren, die übrigens von Mendelssohn-Bartholdy (S. 486) keineswegs richtig aufgefasst ist.

22) Nach den Motiven zu § 736 (alte F.) soll „die Überweisung als Akt der Zwangsvollstreckung der gemeinrechtlichen Gestattung der actio utilis entsprechen", während doch schon nach späterem römischen Recht die actio utilis dem Pfandgläubiger kraft Gesetzes zusteht und bedeutet, dass er kraft des ihm zustehenden Rechts im eigenen Namen (nicht procuratorio nomine) die Leistung eintreiben kann. Vgl. oben Note 3. — Die einfache, alle Schwierigkeiten beseitigende Lösung hätte darin bestanden, dass man nichts bestimmt hätte. Dann hätte der Drittschuldner in solchen Fällen, in denen Zweifel an dem Rangverhältnis der Gläubiger bestehen, das Recht (aber nicht die Pflicht) gehabt, gemäss § 372 BGB. zu hinterlegen. So ist es in der That bei mehrfacher Verpfändung von Forderungen und bei der Konkurrenz eines Konventional- und Pfändungspfandgläubigers (vgl. unten S. 88).



Die notwendige Voraussetzung für die Erstreckung der Rechtskraft ist, dass der Kläger zur Klage legitimiert war. War er nicht Pfändungspfandgläubiger, so ist sein Prozess gegenüber dem Dritten bedeutungslos. Hierüber kann nur im Prozess mit dem Dritten mit Wirksamkeit gegen ihn entschieden werden. Von selbst versteht es sich deshalb, dass der § 856 keine Bedeutung hat, wenn der Kläger unter Verneinung seiner Aktivlegitimation abgewiesen ist.[23]) Aber es gilt auch dann, wenn der Mangel nicht aufgedeckt und deshalb eine Untersuchung und Entscheidung darüber stattgefunden hat, ob der Drittschuldner unter der Voraussetzung der Aktivlegitimation des Klägers etwas schuldet.

Dabei ist aber zu beachten, dass der Überweisungsbeschluss eine analoge Bedeutung hat, wie die Anzeige von der Abtretung einer Forderung. Er wirkt auch dann zu gunsten des Drittschuldners, wenn er mit Unrecht erlassen worden ist. Ist er unwirksam gewesen[24]) oder ist der (wirksame) Beschluss später aufgehoben, ohne dass der Drittschuldner Kenntnis von der Aufhebung erlangte, so hat ein Nichtberechtigter prozessiert. Wie aber die Zahlung an einen solchen Nichtberechtigten den Drittschuldner nicht nur gegenüber dem Schuldner, von welchem der § 836 II CPO. allein spricht, sondern auch den anderen Pfändungsgläubigern gegenüber wirksam ist, so gilt dasselbe auch von der Wirkung des Prozesses.[25])

23) Auch das ist definitive Abweisung geradeso, als wenn der Vertragspfandgläubiger wegen Ungültigkeit des Verpfändungsakts oder der angebliche Erbe eines Gläubigers unter Verneinung seines Erbrechts abgewiesen wird. In beiden Fällen wird wegen einer Vorfrage abgewiesen, aber rechtskräftig entschieden wird nicht über diese, sondern über das behauptete Gläubigerrecht, dessen Bestehen von der Beantwortung der Vorfrage abhängig ist. Dieses Gläubigerrecht ist der „Anspruch", der geltend gemacht: im Falle der Klage des Vertragspfandgläubigers ebenso wie im Falle der Klage aus § 856 CPO. Bei der letzteren ist Prozessgegenstand nicht das Recht des Vollstreckungsschuldners gegen den Drittschuldner. Inkorrekt die Fassung in m. Verpf. u. Pfändung S. 221/2.

24) Zu diesen Gründen gehört es z. B., wenn auf Grund eines nicht rechtskräftigen und auch nicht für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils gepfändet wurde, wenn das Urteil nicht zugestellt war, wenn die Forderung unpfändbar war; nicht aber ist die Pfändung unwirksam wegen Nichtbestehens der Forderung, wegen welcher ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil erlassen wurde. Die Pfändung findet kraft des Urteils unter der Voraussetzung, aber nicht unter der Bedingung des Bestehens der Forderung statt.

25) Es liegt hierin eine Anwendung des oben § 9 B II, 2 aufgestellten Prinzips, an dessen Anwendbarkeit hier um so weniger gezweifelt werden darf, als das Entsprechende bei unrichtiger Cessionsanzeige (§ 409) sicherlich gilt und diese dem unwirksamen oder aufgehobenen Überweisungsbeschluss analog wirkt. Vgl. auch unten Kap. IV.



War der Kläger in diesem Sinne zur Prozessführung legitimiert, so steht die Abweisung seiner Klage den anderen trotz rechtzeitiger Aufforderung nicht beigetretenen Pfandgläubigern entgegen und diese können auch nicht solche Rechtsbehelfe vorbringen, welche eine andere Entscheidung des Prozesses herbeigeführt haben würden, falls der andere Gläubiger sich an dem Prozess beteiligt und sie vorgebracht hätte. [26]) Dies führt allerdings zu unbilligen Resultaten. Aber der zweite Gläubiger hätte eben, um sie zu verhüten, der Beiladung Folge leisten müssen. Nicht einmal die Replik der Kollusion steht ihm nach den Grundsätzen des heutigen Rechts gegenüber dem Drittschuldner offen, wenn dieser sich auf die Rechtskraft beruft; vielmehr ist der andere Pfandgläubiger auf eine Schadensersatzklage [27]) gegen den Prozessführer beschränkt, falls es ihm nicht gelingen sollte, durch erfolgreiche Restitutionsklage die Aufhebung des Urteils herbeizuführen.

Die Rechtskraft wirkt gegen den zweiten Gläubiger als die Feststellung, dass der Drittschuldner auf Grund der Pfändungen keinem der Pfändungspfandgläubiger Hinterlegung schuldet. Diese Feststellung bezieht sich wie jede Feststellung auf die Zeit der letzten Thatsachenverhandlung. Es sind deshalb auch alle Ereignisse zu berücksichtigen, welche im Laufe des Verfahrens eintreten und für jene Frage relevant sind. Es wäre eine nur kraft besonderer Bestimmung anzuerkennende Singularität, wenn es darauf ankommen sollte, ob der Drittschuldner zur Zeit der an ihn ergangenen Aufforderung (§ 853) etwas schuldete. [28]) Eine während des Prozesses eintretende auflösende Bedingung, ein von dem Drittschuldner berechtigtermassen vorgenommener Rücktritt, eine von den sämtlichen Pfändungspfandgläubigern bewilligte Stundung — alle derartige Ereignisse führen zur Klagabweisung.

b) Die zweite Singularität in der Norm des § 856 CPO. besteht darin, dass unterschieden werden muss, ob die Entscheidung dem Drittschuldner

---

26) Beispiel: Der Drittschuldner hat auf Grund einer Aufrechnung gesiegt, obgleich er diese — vor der Aufforderung des § 853 CPO. — mit einer Gegenforderung vollzogen hat, die gegen den im Range nachstehenden Pfandgläubiger begründet war. — Oder: Der Drittschuldner siegt auf Grund einer Einwendung, die er erst nach der ersten Pfändung gegen den Vollstreckungsschuldner erworben hatte. Gegenüber dem primus creditor wäre sie unwirksam gewesen und er würde — bei richtiger rechtlicher Würdigung — die Verurteilung zur Hinterlegung erzielt haben, falls er die Sachlage aufgedeckt hätte.

27) BGB. § 826.

28) So Weigelin Pfändungspfandrecht S. 86.



günstig, oder ob sie ihm ungünstig ist. Damit wird dieselbe prinzipwidrige und zu den grössten Schwierigkeiten führende Unterscheidung gemacht, die sich auch nach anderer Stelle (§ 326 CPO.) findet und später (§ 33, III, 2) besprochen werden soll.[28a])

IV. Die §§ 853/6 beziehen sich nur auf das Verhältnis von Pfändungspfandgläubigern. Wird eine gepfändete Forderung vor ihrer Einziehung [29]) oder Überweisung an Zahlungsstatt einem zweiten Gläubiger verpfändet, so bleiben die singulären Vorschriften der §§ 853/6 im Verhältnisse dieser beiden Pfandgläubiger ausser Betracht, ebenso aber auch in dem umgekehrten Fall. Ein älterer Konventionalpfandgläubiger verliert das ihm nach § 1290 BGB. zustehende ausschliessliche Einziehungsrecht nicht durch nachträgliche Pfändung der Forderung. Ein Prozess des Pfändungspfandgläubigers präjudiziert ihm nicht, selbst wenn der Drittschuldner ihn beigeladen hätte.

Diesem Resultat kann man nicht etwa den § 805 BGB. entgegen halten. Er bezieht sich nach seinem Wortlaut nur auf besitzbare Sachen[30]) und auf den Fall, dass aus diesen ein „Erlös" zu erzielen ist. Die analoge Anwendung[31]) auf Forderungen ist trotz der Stellung der Vorschrift um so weniger möglich, als der § 805 CPO. in Übereinstimmung mit dem § 1232 BGB. steht, das BGB. aber gerade die konkurrierenden Faust- und Forderungspfandgläubiger sehr verschieden behandelt.

V. Anhangsweise mag hier eine mit dem Vollstreckungsrecht zusammenhängende Frage besprochen werden.

28a) Schwierige Komplikationen ergeben sich dann, wenn der Drittschuldner in Konkurs gerät. Hierauf kann hier nicht näher eingegangen werden. (Vgl. im allg. Oetker, Rostocker Festschrift f. Buchka 1891.) Jedenfalls kann jeder von den Pfandgläubigern die Forderung anmelden und jeder andere kann sich der Anmeldung nachträglich anschliessen. Dies wird auch bezüglich des Prozesses zu gelten haben, den der anmeldende Pfandgläubiger mit dem Widersprechenden führt. Die Feststellung zur Tabelle wirkt für alle Pfändungspfandgläubiger, gegen die nichtanmeldenden aber nur dann, wenn sie beigeladen waren. Die Konkursdividende ist zu hinterlegen und über ihre Verteilung wird in dem in § 872 f. CPO. normierten Verfahren entschieden.

29) Die Überweisung zur Einziehung verändert die Rechtslage nicht, da sie nur die Legitimation zur Ausübung der vorhandenen Rechte klarstellt. Ist nach der Pfändung, aber vor der Überweisung zur Einziehung die Verpfändung vorgenommen, so ist es gerade so, als wenn die Verpfändung nach der Überweisung stattgefunden hätte.

30) Es ist zu beachten, dass „Sachen" im Sinne des BGB. (§ 90) nur res corporales sind. Sie sind keineswegs identisch mit „Gegenständen", von welchen, wie das BGB. sehr häufig, so auch die CPO. § 771 spricht.

31) So Struckmann-Koch Bem. 2 Abs. 2 zu § 805 im Gegensatz zu der von mir schon für das frühere Recht in Verpf. u. Pfändung S. 232/3 vertretenen Ansicht.

Dem Kläger, der eine rechtskräftige Verurteilung erzielt und die Pfändung einer Forderung des Beklagten erwirkt hat, kann von dem Drittschuldner nicht der Einwand entgegengesetzt werden, dass der Kläger in Wirklichkeit von dem Beklagten nichts zu fordern habe. Kann man deshalb sagen, dass das Urteil zwischen den beiden Subjekten eines Schuldverhältnisses über das Bestehen desselben Rechtskraft gegenüber dem Drittschuldner schaffe?

Diese Frage ist zu verneinen. Ganz dasselbe, wie in dem ebenbezeichneten Fall, gilt auch dann, wenn die Vollstreckung auf Grund eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils, auf Grund eines Anrechtbefehls oder sonstiger Vollstreckungstitel stattgefunden hat. Schaffen diese zwischen dem Vollstreckungsberechtigten (dem „Gläubiger" in dem Sprachgebrauch des 8. Buchs der CPO.) und dem „Schuldner" keine Rechtskraft, so kann auch von ihrer Erstreckung auf dritte Personen nicht die Rede sein. Üben alle die auf Grund eines Vollstreckungstitels vorgenommen Pfändungen und sonstigen weiteren Rechtsakte[32]) die ihnen nach ihrem Inhalte gesetzmässig zukommende Wirkung schlechthin für und gegen Dritte, so muss der Grund hierfür in etwas anderem, als in einer Rechtskrafterstreckung liegen. Und dieser Grund ist der, dass das publizistische Vollstreckungsrecht, weches der Gläubiger unter den vom Gesetze bestimmten Voraussetzungen gewinnt, zwar um der vorausgesetzten privatrechtlichen Forderung willen entsteht, aber in seinem Entstehen und Fortbestehen von der Existenz dieser Forderung nicht bedingt ist.[33])

Ganz entsprechend ist die Beurteilung der Frage, welche Bedeutung die Verurteilung im Verhältnis des Anfechtenden zu dem Anfechtungsgegner hat. Dass der Anfechtende eine Forderung gegen den „Schuldner" habe, ist nach dem heutigen[34]) Anfechtungsrecht des RG. v. 21. Juli 1879 weder erforderlich noch genügend. Was ihn zur Anfechtung legitimiert, ist ausschliesslich und schlechthin der Besitz eines vollstreckbaren Schuldtitels.[35]) „Gläubiger" im Sinne des § 2 des Anfechtungsgesetzes ist

---

32) Sowohl der Vollstreckungsorgane (z. B. Versteigerung, Überweisung der gepfändeten Forderung zur Einziehung — vgl. oben bei Note 25f. — oder an Zahlungsstatt), als des Gläubigers selbst (z. B. Einziehung der gepfändeten Forderung).

33) Vgl. näher oben S. 6/9.

34) Anders bei der actio Pauliana, welche eine Schadensersatzforderung geltend machte.

35) Dieselbe Ansicht vertritt das RG. Bd. 7 S. 188f. (II. Hilfssenat) in einem auf Grund des preuss. Ges. v. 9./5. 1855 erlassenen Urteil.



ebenso wie im 8. Buch der CPO. der Vollstreckungsberechtigte.[36]) Dies geht aus Wortlaut und Sinn des § 2 hervor. Er verlangt als Bedingung des Anfechtungsrechts den Besitz eines vollstreckbaren Schuldtitels wegen eines fälligen Anspruchs und lässt jeden solchen Vollstreckungsberechtigten [36a]) zur Anfechtung zu. Nur geht aus § 10 hervor, dass jeder andere Titel ausser dem rechtskräftig die Forderung feststellenden [37]) Urteil nur zu einer bedingten Verurteilung führt. Diese Vorschrift unterscheidet nicht. Sie gibt schlechthin die Norm, dass auf Grund eines noch anfechtbaren Titels zwar das Urteil ergehen darf, dass dieses aber dem auf die Anfechtung gestützten Urteilsbegehren [38]) nicht pure stattgeben darf. Dem „Gläubiger" ist es unter keinen Umständen gestattet, den Mangel der Rechtskraft etwa dadurch zu ersetzen, dass er den Beweis des Bestehens seiner (privatrechtlichen) Forderung erbringt. Anderseits aber ist das Erlangen des rechtskräftigen Urteils ohne jede Einschränkung als die Bedingung bezeichnet, von welcher die Vollstreckbarkeit des auf Grund eines nicht endgültigen Titels erlangten Anfechtungsurteils abhängig zu machen ist.

Es handelt sich hiernach keineswegs um Erstreckung der Rechtskraft der zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner ergangenen Entscheidung auf den Anfechtungsgegner,[39]) sondern um eine Wirkung, welche der Vollstreckungstitel hat. Eben deshalb ist es auch dem An-

---

36) Das heutige Anfechtungsrecht bildet einen Bestandteil des Prozessrechts und es ist ein Zufall, dass es nicht innerhalb der CPO. geregelt ist. Die richtige systematische Stellung hat das konkursmässige Anfechtungsrecht. — In Übereinstimmung mit dem Gesagten stehen die Bestimmungen des § 14 des AG. und des § 9 des EG. zur KO. Sie sind ein Ausfluss des die zeitliche Geltung der Prozessrechtsgesetze beherrschenden Prinzips.

36a) Es ist nicht etwa zu interpretieren: anfechtungsberechtigt ist jeder, der 1. eine fällige Forderung hat und 2. einen Vollstreckungstitel besitzt.

37) Deshalb genügt nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 10 ein Vorbehaltsurteil nicht. (Anders bezüglich des früheren preuss. Rechts das RG. 7 S. 190 a. E.)

38) Das Gesetz nennt es den Anfechtungsanspruch. Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 425 Note 96 und unten § 54 Note 11.

39) Entgegengesetzt Mendelssohn-Bartholdy S. 314f. unter Verkennung des Grundes des Anfechtungsrechts. Er betrachtet die Wirksamkeit des Urteils gegenüber dem Anfechtungsgegner als einen Ausfluss des von ihm gelehrten allgemeinen Prinzips, dass der Prozess mit dem legitimus contradictor absolut wirke, und dass der zur Verfügung über ein Recht Befugte der legitimus contradictor im Prozess über das Recht sei (so also hier der Gläubiger und der Schuldner als die alleinigen Subjekte des abgeurteilten Rechtsverhältnisses). Läge Rechtskrafterstreckung vor, so wäre dem Dritten nach heutigem Recht der Kollusionsbeweis abgeschnitten. Während aber Mendelssohn im allgemeinen diesen richtigen Standpunkt billigt (S. 357/8), scheint er hier den Kollusionseinwand zuzulassen.

fechtungsgegner nicht verwehrt, einzuwenden, dass der Anfechtende durch den Gebrauch des ihm zustehenden Anfechtungsrechts arglistig handelt. Einen Schaden, dessen Ersatz er verlangen könnte,[40]) braucht er nicht erst zu erdulden. Deshalb kann er einwenden, dass der Anfechtende im Einverständnis mit dem Beklagten gehandelt hat, um einen Schuldtitel wegen einer nichtexistierenden Schuld zu erlangen und dadurch den Anfechtungsgegner[41]) zu schädigen.[42])

40) Vgl. § 826 BGB.

41) Als solcher kommt hier nur der Empfänger einer unentgeltlichen Zuwendung in Betracht. Ob er berechtigt ist, die Anfechtung, die zwecks Vollstreckung eines Schenkungsversprechens erfolgt, zurückzuweisen, ist eine Frage des Anfechtungsrechts, die hier nicht näher zu erörtern ist. Die Thatsache, dass der Anfechtende eine rechtskräftige Verurteilung aus dem Schenkungsvertrag hat, würde nach § 6 Anf.-Ges. der Anfechtung nicht im Wege stehen.

42) Im Endergebnis ebenso RG. a. a O. (7 S. 190). Abzulehnen ist die Vorstellung, als könne der Schuldtitel (das Urteil) simuliert sein. Solche Simulation könnte nur von dem Richter vorgenommen werden, indem er ein Urteil bloss zum Schein fällen würde. Auch in Bd. 36 S. 251 operiert das RG. mit dem unhaltbaren Begriff einer „Einrede der Simulation des Judikats“.

Kapitel III.

Die Erstreckung der Rechtskraft auf Rechtsnachfolger.

I. Abschnitt.

Die Rechtsnachfolge im allgemeinen.

§ 12.

1. Einleitung.

I. Der Begriff der Rechtsnachfolge wird in der CPO. nirgends definiert. Er ist also aus dem Gesammtinhalt der Vorschriften zu ermitteln und bis zum Beweise des Gegenteils darf angenommen werden, dass die mit Rücksicht auf die Kodifikation des bürgerlichen Rechts revidierte Prozessordnung den Ausdruck in demselben Sinn wie dieses gebraucht, falls auf die Rechtsnachfolge in das den Prozessgegenstand bildende Rechtsverhältnis und nicht auf die „Nachfolge im Rechtsstreit" (§ 86 CPO.) abgestellt wird. In dem ersteren Sinn gebraucht der hier interessierende § 325 den Ausdruck.

In der das Recht vor der Novelle zur Darstellung bringenden Arbeit über die „Vollstreckbarkeit der Schuldtitel für und gegen die Rechtsnachfolger" (1891) meint Schultze bei der Interpretation des § 665, abgesehen von dem Subjektwechsel sei die Bedeutung des Wortes keine absolut feststehende, von allen rechtlichen Gesichtspunkten aus gleiche.[1]) Bezüglich des § 665 stellt Schultze darauf ab, dass das zur Leistung ver-

1) Vgl S. 37/8. Regelsberger Pand. I § 122 Note 1 scheint Schultze beizustimmen, indem auch er die Frage aufwirft, ob der § 665 den Ausdruck Rechtsnachfolge in dem streng wissenschaftlichen Sinn gebrauche.



urteilende Erkenntnis die zur Begründung der Klagforderung nötigen Thatumstände (S. 38), die für das Recht des Vormanns massgebend gewesene thatsächliche Grundlage (S. 40) zur prozessualischen Feststellung gebracht hat. Er will den Dritten dann als Rechtsnachfolger anerkennen, wenn die neue Forderung, abgesehen von der den Subjektwechsel begründenden Thatsache, auf dem gleichen Thatbestande beruht, welcher für die Forderung des ursprünglichen Gläubigers die notwendige Grundlage abgegeben hat und in dem Urteil festgestellt worden ist (S. 38/9).

Diese Auffassung scheitert schon nach dem bisherigen Recht daran, dass die Feststellungswirkung des Urteils sich lediglich auf das Rechtsverhältnis, nicht auf Thatsachen bezieht. Nunmehr ist es auch völlig zweifellos, dass in der Vollstreckbarkeitslehre kein anderer Begriff der Rechtsnachfolge zu Grunde liegt, als in dem in § 727 angezogenen § 325 CPO. und hier ist der Begriff wiederum derselbe, wie in anderen Vorschriften der CPO. so z. B. den §§ 239, 265, 445.

Andere Autoren legen bei der Interpretation der prozessualen Bestimmungen einen besonderen Begriff der Rechtsnachfolge zu Grunde, ohne die Unterscheidungssmerkmale genauer zu bestimmen. [2])

II. Eine Rechtsnachfolge liegt dann vor, wenn ein Dritter in die Rechtsstellung des bisher Berechtigten einrückt:

1. entweder kraft eines die „Übertragung" des Rechts bezweckenden oder eine sonstige Verfügung über dasselbe enthaltenden Rechtsgeschäfts,[3]) oder

2. kraft eines auf Übertragung oder Herstellung einer Belastung gerichteten Staatsakts,[4]) oder

---

2) So z. B. Jäger Anm. 7 zu § 40 KO., der ohne weiteres den von ihm als originären Rechtserwerber bezeichneten Indossatar „im Sinne des § 40 KO." zu den Rechtsnachfolgern zählt. Ebenso muss Gaupp-Stein zwei Begriffe der Rechtsnachfolge haben, die sich nicht decken. Sonst wäre es nicht zu erklären, wie er dieselbe Person (den Indossatar) in den einen Fällen (§ 265, 325) als Rechtsnachfolger bezeichnet (so Bd. I S. 566 u. S. 733), in den anderen aber ihre Rechtsnachfolgereigenschaft leugnet (Bem. III, 1 zu § 445). Über einen ebensolchen Widerspruch vgl. ferner § 13 Note 7.

3) Vgl. z. B. die Überschrift von §§ 398, 929, ferner § 925, 1156 BGB., CPO. § 897.

4) Als solche kommen neben dem strafprozessualen Einziehungsurteil in Betracht: die Überweisung einer Forderung an Zahlungsstatt (CPO. § 835 II), der Zuschlag in der zwangsweisen Versteigerung (CPO. § 817, Zw.V.Ges. § 90), die „Übertragung" der Forderung auf die Teilungsberechtigten (Zw.V.Ges. § 118), das Urteil, welches gemäss § 894 CPO. geradeso wie die Abgabe einer solchen Willenserklärung wirkt, wie sie nach der Regel zur Übertragung erforderlich wäre (eventuell in Verbindung mit den durch den



3. auf Grund sonstiger Thatsachen, welche die in § 412 BGB. sog. „Übertragung kraft Gesetzes“ oder eine sonstige Rechtsnachfolge herbeiführen.[5])

Die einzelnen Arten der Succession sind später im genaueren zu untersuchen.[6]) Hier darf nur darauf hingewiesen werden, dass das Gesetz in § 325 I die Vorschrift über die Erstreckung der Rechtskraft ohne Unterscheidung für alle Rechtsnachfolger gibt und dass unter diesen Begriff jeder Nachfolger in ein Rechtsverhältnis, also nicht nur die Aktivsuccession fällt.[7])

III. Die Rechtsnachfolge im Sinne des BGB.[8]) sowohl wie der CPO. ist gleichbedeutend mit dem abgeleiteten Erwerb einer Rechtsstellung.

Gerichtsvollzieher zu surrogierenden Handlungen, CPO. § 897), die Pfändung (CPO. § 804) u. s. w.

5) In der Regel sagt das Gesetz: Das Recht „geht über“, vgl. z. B. BGB. § 82 Satz 2, §§ 268 III, 426 II, 774, 1173, 1182, 1607, 1709, 1922, auch § 952. Hierher gehören auch die vielfachen Vorschriften, welche die sog. dingliche Surrogation anordnen. Vgl. dazu Anspr. u. Klagr. S. 356 und übereinstimmend Hachenburg Vortr. S. 211f., während Kipp bei Windscheid II § 330 nach Note 30 als Regel leugnet, dass das surrogierte Recht durch die Person desjenigen hindurchgehe, der ohne die Surrogationsvorschrift das Recht erworben haben würde. Einen Übergang erkennt Kipp nur dann an, wenn das Gesetz eine Kenntnis des Schuldners bezüglich der Surrogation fordert (§§ 720, 1473 II, 2019 II, 2041, 2111) und die Kenntnis thatsächlich erst nach der Begründung des Rechts eintritt. Allein die spätere Kenntniserlangung bedeutet nicht, dass die vorher geschehenen Rechtsakte zu gunsten des Schuldners gültig seien, weil der Erwerber in der Zwischenzeit der Berechtigte war, sondern: obwohl er es nicht gewesen ist. Überdies kommt die generelle Norm des § 412 BGB. in Betracht, deren Anwendung nicht durch ein argumentum e contrario in Zweifel gezogen werden darf. Nicht entgegen die Vorschriften, welche in einzelnen Fällen die „entsprechende“ Anwendbarkeit der §§ 406/8 aussprechen (§§ 720, 2019 II, 2040, 2111). Denn diese Paragraphen handeln von der Abtretung und hier liegt ein Übergang kraft Gesetzes vor. Die Vorschriften der cit. Paragraphen sind eine überflüssige Aussprache dessen, was sich aus § 412 BGB. schon von selbst ergibt. Denn dieser schreibt bereits die „entsprechende“ Anwendung der §§ 406/8 auf den Übergang kraft Gesetzes vor. Wie wenig man auf den Wortlaut Gewicht legen darf und wie vorsichtig man mit dem arg. e contr. sein muss, erhellt aus § 720. Besteht die Beitragsleistung in einer Forderungsabtretung, so liegt ja zweifellos eine Abtretung vor. Wenn trotzdem in § 720 die §§ 406/8 auch auf diesen Fall nur für entsprechend anwendbar erklärt werden, so hat dies nur insofern einen Sinn, als der bisherige Alleingläubiger auch über seinen Anteil nicht mehr verfügen kann. Über § 2111 vgl. unten § 33.

6) Vgl. unten § 30/4 (Universalnachfolge), § 35/6 (translative Succession), § 37 (konstitutive Succession), § 38/9 (restitutive Succession), § 40 (Erwerb eines neuen Rechts auf Grund der Verfügung des bisherigen Berechtigten), § 41/44 (Rechtsverleihung); § 45/54 (Schuldsuccession).

7) Vgl. unten § 46, III.

8) Vgl. z. B. §§ 221, 943, 999 BGB.



Das ihn charakterisierende Element liegt in der Verbindung, welche zwischen der erworbenen Rechtsstellung und einem Ursprungsverhältnis besteht. Diese Verbindung wird hergestellt entweder durch ein Rechtsgeschäft oder durch einen Staatsakt, welche auf die Herbeiführung der Rechtsnachfolge gerichtet sind, oder durch die Verwirklichung des sonstigen Thatbestandes, der „kraft Gesetzes“ das neue Rechtsverhältnis deshalb entstehen lässt, weil das Ursprungsverhältnis bestand. Die Vorstellung, welche das Wesen der Rechtsnachfolge darin finden will, dass das Recht des Successors mit dem des Autors identisch sei, kann überhaupt nur für die Fälle in Betracht kommen, in denen ein einfacher und völliger Subjektwechsel (eine „Übertragung“, ein „Übergang“) [9]) stattfindet. In diesen Fällen bietet jene Vorstellung einen bequemen und kurzen Ausdruck, um zu bezeichnen, dass trotz des Wechsels der Subjekte der Rechtsinhalt der gleiche bleibt.[10]) Aber schon dann, wenn die Rechtsstellung des Nachfolgers zwar völlig die gleiche ist, wie die des bisherigen Subjekts, dieses aber nicht ausscheidet, sondern neben dem Successor in dem Rechtsverhältnisse verbleibt,[11]) ist die Vorstellung, dass das Rechtsverhältnis des Nachfolgers dasjenige des Vorgängers sei,[12]) ganz ausgeschlossen. Noch vielmehr gilt dies bei der konstitutiven und restitutiven Succession und den anderen Formen des abgeleiteten Rechtserwerbs.

Eine auf „Übertragung“ [13]) gerichtete gültige Rechtshandlung ist die wesentliche und nirgends zu entbehrende Bedingung für den Eintritt eines jeden nicht „kraft Gesetzes“ eintretenden abgeleiteten Erwerbs. Hat der Veräusserer nicht die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit, ist die

---

9) Vgl. die Citate oben Note 3 bis 5.

10) In Anspr. u. Klagr. § 11 f. habe ich versucht, die Bedeutung, welche die Verschiedenheit der Subjekte für die Frage nach der Identität der Ansprüche hat, näher zu entwickeln. — Über die gemeinrechtliche Natur vgl. Windscheid-Kipp I § 64 N. 6.

11) Es handelt sich um die Aufnahme eines Mitberechtigten oder um die Succession in eine Schuld als nunmehriger Gesamtschuldner. Vgl unten § 35.

12) Dies ist ebensowenig haltbar, wie die Vorstellung, dass die Ersatzforderung, welche an die Stelle des prinzipalen Rechts (Eigentum, Ersatzforderung wegen Zerstörung oder wegen Entziehung des Rechts durch Veräusserung an einen Gutgläubigen (§ 816); Forderung auf Dienstleistung — Geldforderung wegen Nichterfüllung) tritt, ein mit dem prinzipalen Rechtsverhälthis identisches Rechtsverhältnis darstelle und dass „nur“ eine quantitative Veränderung eingetreten sei. Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 969.

13) „Übertragung“ wird hier in dem weiteren, auf jeden abgeleiteten Rechtserwerb bezüglichen Sinn gebraucht, ebenso wie das transferre in l. 54 D. 50. 17. Vgl. Hölder Pand. I S. 181.

Form des Veräusserungsgeschäfts nicht gewahrt, liegt die erforderliche Einigung nicht vor, so tritt der Rechtsübergang nicht ein. Der gute Glaube des Erwerbers kann für ihn niemals das ersetzen, was in diesen Beziehungen fehlt.[14])

§ 13.

2. Herleitung von Rechten vom Nichtberechtigten.

I. Der regelmässige, gewöhnlich allein in das Auge gefasste Fall der Rechtsnachfolge ist der, dass die Übertragung durch eine Verfügung des Subjekts des zu übertragenden Rechtsverhältnisses oder durch einen gegen dieses Subjekt gerichteten Zwangsakt vorgenommen wird. Allein die Regel, dass dies erforderlich ist, ist ebensowenig ohne Ausnahme, wie die zweite Regel, dass die formgerechte Verfügung des (geschäftsfähigen) Berechtigten die Rechtsnachfolge herbeiführt.[1])

Die Ausnahmen von der zweiten Regel bilden die Fälle, in denen dem Berechtigten infolge eines Veräusserungsverbots oder infolge der durchgreifender wirkenden vollständigen Entziehung des Verwaltungsrechts die Verfügungsmacht[2]) fehlt.[3]) Anderseits haben wir im modernen Recht ausserordentlich viele Vorschriften, nach denen ein anderer als der Berechtigte die Macht hat, durch die im eigenen[4]) Namen vorgenommene Verfügung die Rechtsnachfolge in das fremde Recht herbeizuführen. Hierher gehören

1) die Fälle, in denen der Nichtberechtigte zu solcher Verfügung

14) In § 409 BGB liegt nicht ein Surrogat des Abtretungsgeschäfts (etwa in dem Sinne, dass die einseitige Anzeige gleich der Abtretung den Forderungsübergang bewirke), sondern eine Vorschrift, welche den Schuldner befugt, sich auf die Anzeige zu berufen, um zu seinem Schutze die gleichen Folgen eintreten zu lassen, welche sich an die gültige Abtretung anknüpfen würden. Fehlt diese, so wird er durch Zahlung an den Dritten befreit, obwohl dieser nicht Rechtsnachfolger war. Die Zurücknahme der Anzeige (§ 409 II) bewirkt nicht eine Zurückübertragung.

1) Bei der Schuldübernahme tritt der Übernehmer an die Stelle des Urschuldners oder neben ihn; dieser ist sein Vorgänger. Hier ist die Beteiligung des Vorgängers in aller Regel nicht erforderlich; der Eintritt vollzieht sich durch Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer (§ 414 BGB.).

2) In der leicht irreführenden Terminologie des BGB. heisst es: Die Verfügungsbefugnis fehlt.

3) Vgl. hierüber unten § 14/6.

4) Vgl. unten II., 1,



über das fremde[5]) Recht nicht nur die Macht, sondern auch das Recht hat, wie der Ehemann in den Fällen der §§ 1376, 1443 und der Besitzer der Einwilligung in dem in § 183 Satz 1 BGB. vorgesehenen Ausnahmsfall, ferner der Niessbraucher am ganzen Vermögen in den Fällen des § 1089 II BGB., endlich aber auch der Pfandgläubiger, insofern er die Macht hat, das ihm fremde Eigentum an dem Pfandobjekte dem Käufer so zu verschaffen, „wie wenn er die Sache von dem Eigentümer erworben hätte".[6]) Bei der modernen Hypothek i. w. S. fehlt dem Gläubiger diese Veräusserungsmacht. Statt seiner — nicht als sein Stellvertreter — nimmt der Richter die Veräusserung vor. Der Erwerb des Erstehers beruht auf einer Zwangsverfügung, und der Zuschlag gehört zu den Staatsakten, welche eine Rechtsnachfolge in die Rechte desjenigen begründen, gegen den die Entfaltung der staatlichen Zwangsgewalt sich richtet.[7]) — Auch wer als Forderungspfandgläubiger oder Niessbraucher die geschuldete Leistung einzieht, ist hierher zu zählen. Zwar verlangen

5) Der fiduciarische Rechtsinhaber verfügt über das eigene Recht und gehört deshalb nicht hierher.

6) So wörtlich § 1242 BGB. Trotz der einzelnen Abweichungen, welche Abs. 2 des § 1242 statuiert, ist hiermit klar zum Ausdruck gebracht, dass der Erwerber Rechtsnachfolger des jetzigen Eigentümers wird. Und darauf kommt es hier allein an. § 1242 bezieht sich übrigens nur auf die Wirksamkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts über die Pfandsache.

7) Das Recht, ihre Ausübung zu verlangen, ist ein publizistisches Recht, eine Erscheinung des gegen den Staat gerichteten Vollstreckungsrechts (vgl. oben S 67) und ist erst dann vorhanden, wenn wegen des Privatrechts auf „Zahlung aus dem Grundstück" (§ 1113) der Vollstreckungstitel erlangt ist. — Dass der Zuschlag keinen originären Eigentumserwerb begründet, zeigt gerade der Abs. 3 des § 325: Satz 1 spricht vom Rechtsnachfolger im Falle der „Veräusserung" im allgemeinen, Satz 2 macht von der dort gegebenen Vorschrift eine Ausnahme gegenüber dem Erwerber des zwangsweise „veräusserten" Grundstücks. Dass der Ersteher Eigentümer wird, auch wenn ein falsus dominus eingetragen war, steht der Annahme ebensowenig entgegen, wie im Falle der freiwilligen Veräusserung des Grundstücks. Der für unsere Frage nicht in Betracht kommende Unterschied liegt nur darin, dass bei der Auflassung die Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs den Eigentumserwerb hindert, während der Zuschlag auch bei solcher Kenntnis wirksam ist. RG. 40 S. 339, 340 bezeichnet den Ersteher sehr richtig als Rechtsnachfolger des Subhastaten, glaubt aber, dass die Rechtsnachfolge im Sinne der §§ 236/7 CPO. (alter Fassung) einen besonderen Sinn habe. Gaupp-Stein stellt in Bem. III zu § 265 den Ersteher neben dem Pfändungspfandgläubiger unter die Kategorie derjenigen, die durch „staatlichen Übertragungsakt" erwerben und unter §§ 265/6 CPO. fallen; in Bem. IV Abs. 2 zu § 325 bezeichnet er es dann wieder als unzweifelhaft, dass der Ersteher einen ursprünglichen Rechtserwerb macht. Aber selbst wenn zuzugeben wäre, dass die Rechtsnachfolge des Civilrechts von der der CPO. verschieden sei, so wäre doch wohl das zweifellos, dass die CPO. selbst den Begriff nicht in verschiedenem Sinne gebraucht. — Vgl. auch § 1148 BGB. und u. Kap. IV.

diese Berechtigten die Leistung, weil sie ihnen geschuldet wird;[8]) sie üben nicht das Forderungsrecht des Bestellers aus. Aber die (rechtmässige) Ausübung ihres Rechtes bewirkt auch den Untergang des Rechts des Bestellers, enthält also zugleich eine Verfügung über dieses nicht weniger, als wenn der Gesammtgläubiger die Leistung empfängt oder einen auf totale Befreiung des Schuldners gerichteten Erlass gewährt.

2) Unter denselben Gesichtspunkt gehören die Fälle, in denen der Nichtberechtigte kein Recht, wohl aber trotzdem die Macht zur Verfügung über fremdes Recht besitzt. Die Gründe können wieder verschiedener Art sein. Die Verfügungsmacht kann entweder darauf beruhen, dass a) der Berechtigte die Zustimmung erteilt bezw. dass der Erwerber die Befugnis des Veräusserers, für den Eigentümer über dessen Sache zu verfügen, gutgläubig angenommen hat,[9]) oder b) darauf, dass das Gesetz dem Nichtberechtigten lediglich mit Rücksicht auf den Schutz des gutgläubigen Verkehrs die ihm nach dem Regelrechte fehlende Macht zur Verfügung über das fremde Vermögen verleiht,[10]) c) oder darauf, dass das Gesetz die Verfügung trotz Bekanntseins der Nichtberechtigung des Verfügenden Wirksamkeit verleiht.[11])

II. Zur Erklärung dieser Erscheinungen[12]) sind die verschiedensten Versuche gemacht.

8) Darin liegt der Unterschied gegenüber dem Ehemann, der eine Leistung einzieht, die allein der Frau geschuldet wird.

9) Die letztere Ausnahme gilt nur im Handelsverkehr nach HGB. 366. Der Paragraph sagt „für den Eigentümer“, nicht „im Namen des Eigentümers“. Er handelt nicht von der Stellvertretung. (Vgl. Hachenburg, Vortr. 2. Aufl. S. 158.) Inwieweit der Glaube an das Vorhandensein einer fehlenden Vertretungsmacht den Dritten schützt, bestimmt sich nach ganz anderen Vorschriften, vgl. BGB. §§ 169–173, HGB. § 15.

10) Verfügung wird hier in einem weiteren Sinn genommen, als das BGB. den Ausdruck gewöhnlich gebraucht. Wir begreifen darunter jedes Rechtsgeschäft, welches zu Lasten eines anderen (des Passivbeteiligten) eine Rechtswirkung begründet, welche nach der Regel nur von diesem selbst in das Leben gerufen werden könnte. Hierunter gehört auch eine solche Disposition über ein Recht, welche die Beschränkungen, denen es bisher unterlag, wegfallen lässt (Erlöschen von dinglichen Belastungen (BGB. §§ 892, 936), von Einreden (§§ 1156/7, 796, HGB. § 364 II, WO. Art. 82), von sonstigen Beschränkungen (§§ 161 II, 2013, 2211, 135), ebenso aber auch ein Rechtsgeschäft, welches als Übertragung eines (nur scheinbar bestehenden) Rechts gemeint ist und dieses in Wirklichkeit erst zu Lasten des Passivbeteiligten entstehen oder wiederentstehen lässt (z. B. BGB. §§ 405, 793, HGB. § 364 II, WO. Art. 36, 82, vgl. unten § 42 bei Note 20).

11) BGB. § 797, WO. Art. 36 Satz 5.

12) Eine Gestaltung, wie wir sie im ehemännlichen Verwaltungsrecht haben, ist



1) Man hat namentlich in Beziehung auf den Pfandgläubiger den Gesichtspunkt der Vertretung verwendet und auch in dem Falle der Veräusserung durch den Fiskus stellt Bekker[13]) wenigstens zur Wahl die Konstruktion, den Fiskus als „aufgezwungenen Vertreter" zu betrachten. Allein die Vertretung in diesem Sinne ist gerade so unbrauchbar, wie die „Repräsentation", mit der man in prozessualen Dingen da zu operieren liebt, wo man mit bestimmten, feststehenden Begriffen nicht auskommen kann. Im Sinne der Reichsgesetze ist meines Erachtens sicherlich nicht jeder ein Vertreter, der mit Wirksamkeit für oder wider einen anderen handelt, sondern nur, wer deshalb wirksam handelt, weil nach der Absicht der Beteiligten[14]) die Wirkungen ausschliesslich für und gegen den anderen eintreten sollen und weil das Gesetz die beabsichtigte Wirkung der solchergestalt (d. h. „im Namen" des anderen) vorgenommenen Handlung wegen der dem Handelnden zustehenden „Vertretungsmacht"[15]) anerkennt.

So ist aber die Rechtslage in den oben behandelten Fällen nicht. Sie alle haben das gemeinsam, dass derjenige, der das Rechtsgeschäft vornimmt, im eigenen Namen handelt und dass auch die Wirkungen des Geschäfts **prinzipiell** seinen und nur seinen Rechtskreis treffen.[16])

---

dem römischen Recht unbekannt. Alle anderen behandelten Fälle kommen, wenigstens der **Art** nach, schon in ihm vor. Hervorzuheben ist nur, dass kraft der Privilegien des Fiskus, des princeps und seiner Gemahlin (c 2, 3, C. 7, 37, c 2 C. 4, 52, § 14 J. 2—6) eine Übertragung von Rechten stattfindet, die dem Veräusserer nicht gehören. Ferner wirken die Verfügungen des creditor cedens, der nicht mehr Gläubiger ist, zu Gunsten des debitor ignorans und zu Lasten des materiell nunmehrig allein Berechtigten und die Veräusserung des bonae fidei possessor hereditatis schützt den Erwerber — im Interesse des Veräusserers — wenigsten exzeptivisch. Die Grundsätze des römischen Rechts über den Eigentumserwerb an Geld sind höchst bestritten. Jedenfalls scheint mir das sicher, dass das Eigentum nicht schon durch die Besitzerlangung erworben wurde. Demnach gehört es nicht unter den hier massgebenden Gesichtspunkt. Litteratur zur letzten Frage: **Windscheid-Kipp** I § 189 Note 8.

13) System I S. 169. Bezüglich des Pfandgläubigers vgl. **Örtmann**, dogm. Jahrb. 31 S. 451 f., der „das Problem des Pfandverkaufs als Spezialfall in das allgemeine Stellvertretungsproblem einreihen" will (S. 452).

14) Des Handelnden allein, wenn einseitige Rechtsgeschäfte in Frage stehen, der beiden Kontrahenten, wenn ein zweiseitiges geschlossen wird.

15) Dieser im BGB. (z. B. § 164) gebrauchte terminus technicus bedeutet lediglich die Macht, **im Namen** eines anderen zu handeln. Vgl. auch §§ 177—180.

16) Dabei ist neben der Wirkung, welche die Verfügung auf das ihren Gegenstand bildende Recht selbst hat, namentlich auch an ihre sonstigen Wirkungen zu denken, so an das Recht, die Verfügung anzufechten, an die condictio sine causa, welche dem Verfügenden zusteht, wenn die Leistung ohne rechtlichen Grund gemacht wurde (§ 812), an die Forderung auf die Gegenleistung, wenn entgeltlich verfügt wurde. Dass diese

Eine der obersten Bedingungen für die zutreffende Würdigung der in Frage kommenden Verhältnisse ist es, dass man die Begriffe Vertretungsmacht und Verfügungsmacht auf das Schärfste auseinanderhält.

Die Frage, ob Vertretungsmacht vorhanden war, kommt nur dann in Betracht, wenn ein Rechtsgeschäft im Namen eines Dritten vorgenommen ist, und sie ist stets dann zu bejahen, wenn der Vertretene durch Vollmacht oder als gesetzlicher Vertreter berechtigt war, im Namen des Dritten zu handeln.

Die Verfügungsmacht ist die Macht, eine Verfügung selbst wirksam vorzunehmen oder durch einen Vertreter vornehmen zu lassen. Sie kann dem Berechtigten fehlen und hinwiederum einem Nichtberechtigten zustehen. Wird eine Verfügung durch einen Vertreter vorgenommen, so kommt es nicht darauf an, ob er die Verfügungsmacht hatte, sondern darauf, ob sie dem Vertretenen zusteht.[17])

Vertretungs- und Verfügungsmacht haben ihre eigenen Entstehungs- und Erlöschungsgründe. In gewissen Beziehungen haben sie allerdings äussere Ähnlichkeiten, nämlich dann, wenn Vollmachtserteilung und Zustimmung zu Verfügungen im eigenen Namen in Frage kommen.[18]) Aber selbst in diesem einzelnen Falle ist der Inhalt der verliehenen Macht sehr verschieden.

Besonders deutlich wird dies, wenn die Macht nicht auf rechtsgeschäftlicher Erteilung beruht. Der Ehemann, der — mit oder ohne Willen seiner Frau — Verwaltungshandlungen als Inhaber der Verfügungsmacht vorzunehmen hat, hat eine ganz andere Stellung, als der Ehemann, der zur Vertretung der Frau befugt ist.[18a]) Namentlich

Forderung von dem verfügenden Nichtberechtigten erworben wird, kommt in § 816 BGB. zum deutlichsten Ausdruck.

17) Deshalb führt es zu unlösbaren Widersprüchen, wenn man den Konkursverwalter als den Vertreter des Gemeinschuldners betrachtet. Dieser verliert mit dem Verwaltungsrecht die Verfügungsmacht bezüglich der Konkursmasse. Der Verwalter ist Vertreter der Konkursmasse. (Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 235 f., 251 f. dazu Voss, Z. f. Civilpr. 27 S. 394, der Verfügungsmacht (Aktivlegitimation) und Vertretungsmacht konfundiert). Ebenso ist es bei sonstigem Sondervermögen, über welches ihr Subjekt nicht verfügen kann und deren Verwaltung durch einen Vertreter des als selbständige Einheit zu betrachtenden Sondervermögens geführt wird.

18) Vollmachtserteilung und Zustimmung sind einseitige Willenserklärungen, die der Form des vorzunehmenden Rechtsgeschäfts nicht bedürfen (§§ 167, 182, 185). Beide Erklärungen sind im allgemeinen einseitig widerruflich (§§ 168, 183).

18a) Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 299 f. c. cit.



auch in den Erlöschungsgründen tritt der Unterschied scharf hervor. Der Verlust der Verfügungsmacht lässt im allgemeinen die Vertretungsmacht unberührt.[19]) Umgekehrt aber ist der bisherige Vertreter nicht mehr im Stande, die Verfügungsmacht des Vertretenen auszuüben, wenn die Vertretungsmacht erloschen ist.

Die Grundsätze, welche gegen die Unkenntnis des Mangels der Vertretungsmacht schützen, sind total andere, als die Normen über den Schutz desjenigen, welcher den Verfügenden für verfügungsberechtigt gehalten hat.

Diese Bemerkungen werden genügen, um darzuthun, wohin es führt, wenn man denjenigen, der wirksam über fremdes Vermögen verfügt, deshalb als den Vertreter des Berechtigten betrachtet: der feste Boden, auf dem unsere Rechtssystematik ruht, wird damit zerstört.[20])

2. Eine andere Auffassung leugnet, dass da, wo der Erwerber trotz Nichtberechtigung des Verfügenden einen gültigen Erwerb macht, ein derivativer Erwerb vorliege und nimmt einen originären an. So erwirbt nach Bekker (System I S. 109) der nach Art. 305/7 HGB. Geschützte das Eigentum „nicht durch Übertragung, sondern durch sein eigenes gutgläubiges Thun".[21]) [22]) Allein selbst dann, wenn man die Fälle des Schutzes des guten Glaubens isoliert betrachtet, ist es meines Erachtens zweifellos, dass das „Thun" des Erwerbers keineswegs den Grund für seinen Rechtserwerb bildet. Dieser ist auch hier die Verfügung des Ver-

---

19) Trotz des Konkurses des Mündels bleibt der Vormund vertretungsberechtigt, während die Vollmacht in dem in § 23 KO. normierten Umfang erlischt. Die Verfügungsmacht im Namen des Gemeinschuldners auszuüben, steht beiden Arten von Vertretern nur noch insoweit zu, als der Gemeinschuldner die Verfügungsmacht behält.

20) Über die Frage, inwieweit das Handeln im Namen des Anderen zum Begriff der Vertretung gehört, vgl. Windscheid-Kipp I § 73 Note 15 cum cit., Schlossmann, „Lehre von der Stellvertretung" (dessen Polemik an der nicht misszuverstehenden Vorschrift des § 164 BGB. scheitert), Crome, System I § 103 mit weiterer Litteratur in Note 1, Cosack, 3. Aufl. I § 66.

21) Andere nehmen wenigstens an, dass der Erwerber das, was er mehr, als sein Autor hat, erlangt, originär erwirbt. Vgl. die Litteratur bei Gierke, D. Pr. R. I S. 279 Note 2, Crome, System I S. 313/4. So gelangt man zu der Annahme eines Erwerbs, der teils originär, teils derivativ ist. (Die prozessuale Konsequenz dieses ganz unhaltbaren Standpunktes zieht Schultze, Vollstreckbarkeit S. 39/40. Vgl. auch unten 42/4.)

22) Auch das RG. 40 S. 340 steht auf dem Standpunkte, dass es sich z. B. bei dem Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren um originären Rechtserwerb handelt, betrachtet aber gleichwohl den Ersteher als Rechtsnachfolger, indem es darunter jeden versteht, der durch Veräusserung erworben hat. Vgl. oben Note 7.

äusseres und tritt deshalb nicht ein, wenn diese Verfügung aus einem anderen Grunde, als wegen des Mangels seines Eigentums oder der sonstigen Berechtigung, unwirksam ist.[23]) Der verfügende Nichtberechtigte ist es, der dem Erwerber das — dem Verfügenden nicht zustehende — Recht verschafft. War er der Verkäufer, so hat er damit seine Verpflichtung aus dem Kaufvertrag (BGB. § 433 I) erfüllt und ist demnach berechtigt, den Kaufpreis zu verlangen; der Käufer kann dies nicht etwa deshalb ablehnen, weil er „das Recht des Dritten anderweit — durch eigenes Thun — erworben habe". [24])

Dass mit dem gutgläubigen Erwerb einer Sache das Erlöschen der dem Erwerber nicht bekannten Niessbrauchs- und Pfandrechte verbunden sein kann (BGB. § 936), kann nicht als Beweis für die originäre Natur des Eigentumserwerbs betrachtet werden. [25]) Diese Bestimmung ist eine ganz selbständige und gilt auch bei der Veräusserung durch den Eigentümer. Die Regel ist, dass die Sache cum suo onere übergeht. Das Erlöschen der dinglichen Belastungen kann ebensowenig als Beweis der originären Natur des Eigentumserwerbs betrachtet werden, wie das Bestehenbleiben der Belastungen einen stringenten Beweis dafür enthält, dass die Usucapion eine derivative Erwerbsart sei. Die Möglichkeit, dass die dinglichen Rechte an Mobilien durch Wechsel im Eigentum erlöschen können, ist lediglich ein Zeichen der Schwäche, welche diesen Rechten anhaftet, sobald der Besitz verloren ist. Es ist dieselbe Erscheinung, wie sie uns bei den dinglichen Rechten begegnet, die eintragungsbedürftig, aber im Grundbuch nicht eingetragen sind.

III. Die richtige Auffassung ergibt sich, wenn man die sämtlichen oben (S. 97, 98) aufgeführten Fälle, in denen der Nichtberechtigte verfügt,

23) So z. B. wegen Nichtbeobachtung der Geschäftsform, wegen Geschäftsunfähigkeit des Verfügenden, infolge einer Anfechtung, die er wegen Irrtums, Betrugs oder wegen Drohungen vorgenommen hat. Hierauf hat schon mit Recht Wendt, civ. Arch. 89 S. 178 hingewiesen.

24) Vgl. § 440 III BGB. und ausdrücklich bestätigend § 816. Lehmann, B. R., 2. Aufl. II § 58 N. 3, 4 betrachtet den Erwerb als originär, wenn er vom Nichteigentümer, als derivativ, wenn er vom Eigentümer gemacht wird, während er in der ersten Auflage die von dem bekämpften Standpunkt aus ganz konsequente Auffassung verteidigte, dass das BGB. überhaupt keinen derivativen Eigentumserwerb mehr kenne. Jetzt betrachtet er den letzteren wenigstens als die Regel.

25) Entgegengesetzt Lehmann, B. R., 2. Aufl. II § 58 N. 3, 4. Er meint, dass das Erlöschen der dinglichen Rechte bei Veräusserung durch den Eigentümer deshalb statuiert sei, damit ein solcher Erwerber nicht schlechter dastehe, als wer vom Nichteigentümer erwirbt.

unter einem gemeinsamen Gesichtspunkte betrachtet und nicht nur einzelne Fälle, namentlich nicht nur die Fälle in das Auge fasst, in denen der Erwerb mit Rücksicht auf den guten Glauben des Erwerbers geschützt wird.

Der Satz: nemo plus juris transferre potest quam ipse habet ist eine durch kein Gesetz zu beseitigende Wahrheit, wenn man seinen Inhalt dahin auffasst, dass der Verfügende nur dasjenige Recht, welches er in seinem Vermögen hat, **aus diesem** einem Dritten zu geben vermag. Das gilt in der Rechtswelt ebenso, wie in der Welt der Thatsachen: aus meiner leeren Hand kann der Dritte nur ein Nichts empfangen. Mein Eigentum kann ich nur übertragen, wenn ich es habe.

Aber trotz dieser unumstösslichen Wahrheit ist es sehr wohl möglich, dass durch die Verfügung des Nichtberechtigten[26]) das Recht eines **Dritten** übertragen wird. So ist es in der That in allen jenen Fällen. Sie unterscheiden sich nicht in der Wirkung, sondern dadurch, dass die Gründe verschieden sind, aus denen der Nichtberechtigte die Macht (keineswegs immer das Recht) hat, über das fremde Vermögen zu verfügen.

Der Vorgang ist demnach so aufzufassen: Regulär ist der Verfügende auch der Vorgänger im Rechte. Hier aber spaltet sich die Rolle, die der Berechtigte bei seiner Rechtsübertragung spielt: der Nichtberechtigte schafft das Übertragungsgeschäft und aus seiner Person ist im allgemeinen[27]) auch dessen Gültigkeit zu beurteilen; dagegen ist es der bei dem Rechtsgeschäfte nicht beteiligte Berechtigte, von welchem das Recht auf den Erwerber übergeht und der deshalb insofern der Rechtsvorgänger ist.[28])

Fasst man den Satz: nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet dahin auf, dass der Verfügende nur das Recht geben kann, welches **er** hat, so enthalten die betrachteten Fälle eine unbegreifliche Ausnahme. Aber dann gilt dies auch von allen jenen Fällen, also

26) Darunter wird hier nicht etwa derjenige verstanden, der nicht zur Verfügung berechtigt ist, sondern derjenige, der über ein Recht verfügt, welches ihm nicht zusteht. Das ist auch der Pfandgläubiger, der zur Verwaltung berechtigte Ehemann, der Nichteigentümer, der suo nomine mit Zustimmung des Eigentümers verfügt.

27) D. h. abgesehen von der Zuständigkeit des Rechts, über welches verfügt wird.

28) Dass er das Rechtsgeschäft nicht mit schliessen hilft, ergibt sich namentlich aus § 182 II. Die Zustimmung tritt zu dem Geschäft, welches der Verfügende trifft, als einem fertigen Ganzen hinzu. Das gilt ebenso von der Vollmacht (§ 167 II) und deshalb bedürfen diese beiden Arten von Erklärungen nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form.



auch von dem Erwerb aus der Verfügung des Pfandgläubigers und desjenigen, der mit Zustimmung des Berechtigten verfügt hat und ist jene Rechtsregel bereits im römischen Recht durch mehrere, wenn auch nicht so zahlreiche Ausnahmen, wie im modernen Recht, durchbrochen.[29])

Fasst man dagegen den Satz dahin auf, dass diejenigen Rechte, welche der Verfügende nicht hat, durch seine Verfügung nicht von ihm auf den Erwerber übergehen können, so ist jenes Prinzip heute wie in Rom ohne jede Ausnahme. Anderseits nötigt uns aber auch nichts dazu, in jenen besonderen Fällen einen Verstoss gegen jenen zuerst bezeichneten Grundsatz und gegen die Gesetze der Logik zu erblicken. Der Erwerber ist Rechtsnachfolger, weil sein Erwerb von der Gültigkeit des Veräusserungsgeschäfts bezw. des Staatsaktes abhängt und sein Recht von dem Berechtigten auf ihn übergeht.[30]) Der Erwerber erhält das Recht durch den verfügenden Nichtberechtigten,[31]) aber er erhält es aus dem Vermögen des Berechtigten. Das Singuläre liegt nur darin, dass der Verfügende aus besonderen Gründen eine derartige Verfügungsmacht hat, dass „von dem Nichtberechtigten — d. h. aus seiner Verfügung[32]) — Rechte **hergeleitet**“ werden können.

Mit den eben citierten Worten charakterisiert das BGB. mehrfach[33]) die besonderen in Frage stehenden Fälle und gibt damit in aller wünschenswerten Deutlichkeit seine durchaus zutreffende Auffassung zu

---

29) Vgl. oben Note 12.

30) Die im vorstehenden begründete Ansicht ist bereits kurz von Gierke, D. Pr. R. I § 32 Note 2 aufgestellt und mit der dem Veräusserer zustehenden „formalen Verfügungsmacht“ gerechtfertigt. Gierke rechnet hierher auch den Eigentumserwerb durch Ersitzung (darüber s. unten § 40, IV). — An Gierke haben sich Hellmann, Vorträge § 19 und Crome, System I S. 313/4 angeschlossen. Vgl. auch Wendt, civ. Arch. 89 S. 17/9. — Gaupp-Stein, Bem. IV Abs. 2 zu § 325 bezeichnet die Frage, inwieweit in den fraglichen Fällen von einer „wirklichen Rechtsnachfolge“ gesprochen werden darf, als für die Rechtskraftlehre belanglos. Das dürfte, wie unsere Erörterungen zeigen müssen, hier ebensowenig wie bei anderen Gelegenheiten (vgl. z. B. §§ 265, 445 CPO.) der Fall sein. Der Standpunkt von Gaupp-Stein ist nicht leicht zu erkennen. Vgl. darüber oben § 12 Note 2. Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen S. 431 Note 4 spricht unter Berufung auf Gaupp-Stein von „quasi-originärem“ Erwerb.

31) Er verschafft ihm — suo nomine — das Recht. Vgl. oben bei Note 24.

32) Interpretiert man die §§ 135 II, 161 III BGB. und § 325 II CPO. nicht in dieser Weise, so legt man dem Gesetzgeber einen Gedanken unter, der gegen die ewigen Denkgesetze verstossen würde und von Seuffert in der Zeitschr. f. C. Pr. 16 S. 475 als reiner Gallimathias bezeichnet ist. Bei unserer Auslegung gilt das nicht.

33) §§ 135 II, 892 I Satz 2, 161 III, 2113 III, 2211 II. Ebenso HGB. § 366 I.

erkennen.[34]) Dass aber auch die CPO. den Erwerber als Rechtsnachfolger betrachtet, erhellt gerade aus dem § 325. Zwar bezieht sich der Abs. 2 keineswegs, wie die allgemeine Meinung annimmt, lediglich auf die erörterten Fälle, aber jedenfalls hat er auch sie im Auge. Würden sie im Sinne der CPO. nicht als Rechtsnachfolger zu betrachten sein, so hätte der Abs. 2 keinen Sinn.[35])

Die verteidigte Auffassung hat keineswegs nur die Bedeutung einer lediglich den Theoretiker interessierenden Konstruktionsfrage. Vielmehr ist sie von der allergrössten praktischen Wichtigkeit, und zwar gerade für den Prozessualisten.[36]) Denn nur von ihr aus können viele der erst später im einzelnen zu erörternden, in Judikatur und Litteratur so streitigen Fragen, wie z. B. über die Rechtskraft gegen Indossatare (aus dem Prozesse des Indossanten) und gegen Indossanten (aus dem Prozess des Indossatars),[37]) gegen den Erwerber von Inhaberpapieren[38]) u. s. w. mit Sicherheit in einer befriedigenden Weise beantwortet werden.

§ 14.

3. Beschränkung der Verfügungsmacht des Rechtsvorgängers.

a) Infolge eines Veräusserungsverbotes.

I. Das Vorliegen einer Rechtsnachfolge wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Rechtsvorgänger derart gebunden ist, dass er den Eintritt des Rechtsübergangs durch anderweitige Verfügungen nicht hindern kann. Eine derartige Beschränkung des Berechtigten kann in verschiedenen Thatsachen ihren Grund und danach auch einen verschiedenen Inhalt haben. Sie kann darin liegen, 1) dass der Berechtigte durch ein Veräusserungsverbot beschränkt ist, oder 2) darin, dass das Recht des Vorgängers dadurch eingeschränkt ist, dass über dasselbe bereits unter einer aufschiebenden (noch schwebenden) Bedingung verfügt ist, oder 3) darin, dass das Recht ein resolutiv bedingtes ist. 4) Im An-

34) Crome (System I S. 314 N. 16) beruft sich dafür, dass nach dem BGB. Rechtsnachfolge anzunehmen ist, auf eine Reihe von Paragraphen, die m. E. nicht beweisen. Insbesondere gilt dies von § 221, der von der durch die Veräusserung begründeten Nachfolge in den Besitz des Veräussernden spricht. Vgl. unten § 36.

35) Über die Bedeutung des § 325 II vgl. unten § 28.

36) Auch materiellrechtlich ist sie nicht ohne praktische Bedeutung.

37) Vgl. unten § 42,3.

38) Vgl. unten § 44.

schluss hieran sind die Fälle der schwebenden Unwirksamkeit und der schwebenden Wirksamkeit (Anfechtbarkeit) zu behandeln.

II. Veräusserungsverbote.

1. Ist gegen den Berechtigten ein Veräusserungsverbot erlassen, so bewirkt dies lediglich eine Einschränkung seiner rechtsgeschäftlichen Verfügungsmacht und die Unzulässigkeit von Vollstreckungsmassregeln.[1]) Durch das Veräusserungsverbot erlangt der Dritte, zu dessen Schutz es erlassen wurde, keine solche Rechtsstellung, welche uns berechtigen würde, ihn schon infolge des Verbots als den Rechtsnachfolger des durch das Verbot Betroffenen zu betrachten. Hierin liegt der Unterschied gegenüber der Eintragung einer Vormerkung, welche den vorgemerkten Gläubiger ein dingliches Sicherungsrecht positiven Inhalts gewinnen lässt,[2]) und gegenüber der Beschlagnahme eines Grundstücks, deren Wirkung zwar nicht als ein Pfandrecht bezeichnet wird, aber dem Beschlagnahmegläubiger doch ein auch im Falle des Konkurses des Eigentümers wirksames[3]) Vorzugsrecht gewährt. Das Veräusserungsverbot hat nur eine negative Wirkung und sichert den Dritten, zu dessen Schutz es erlassen wird, nur insofern, als es ihm gegenüber die ihm nachteilige Veränderung des Rechtszustandes unwirksam macht.

Hat der Dritte einen Anspruch auf Übertragung des in dem Veräusserungsverbot bezeichneten Gegenstandes, oder soll dieser zur exekutionsweisen Befriedigung des Dritten verwendet werden, so wird dieser trotz des Veräusserungsverbots Rechtsnachfolger erst dann, wenn der zur Übertragung erforderliche Thatbestand[4]) verwirklicht ist. Eine

1) BGB. § 135/6, CPO. § 772. Vollstreckungsakt ist auch die Zwangsverfügung des § 894 CPO., sie ist aber ebenso zu behandeln, wie die rechtsgeschäftliche. Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 458.

2) Vgl. näher § 37, II. Die Vormerkung erfolgt auf Grund einer einstweiligen Verfügung; aber nicht jede solche lautet auf Eintrag einer Vormerkung. Sie kann auch ein blosses Veräusserungsverbot enthalten. Allerdings ist der Gläubiger, der ein solches erwirkt, während er eine Vormerkung erhalten könnte, sehr schlecht beraten.

3) KO. § 13 Satz 2.

4) Im zweiten vorher erwähnten Falle ist es die Pfändung. Zu dieser gehört bei Forderungen die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner. Wird er vorher dem Schuldner zugestellt, so hat dies die Wirkung des § 135/6 BGB. Denn er enthält das an den Schuldner gerichtete Verbot, sich jeder Verfügung über die Forderung zu enthalten. Unrichtig ist die Meinung, dass solche Zustellung an den Schuldner wirkungslos sei. (So neuerdings Hachenburg, Vortr. 2. Aufl. S. 236; vgl. dagegen BGB. § 2029 II, 1070 II und RG. 8 No. 125, Seuffert 7. Aufl. Bem. 4b zu § 730.) Von besonderer praktischer Bedeutung ist die Frage, wenn zwar die Zustellung an den Drittschuldner zuerst geschah, aber nichtig ist und deshalb wiederholt wird.



Zurückdatierung der hiermit erst eintretenden Rechtsnachfolge findet nicht statt.

2. Aus alledem ergibt sich, dass die Urteile, welche gegenüber dem Interdikten ergehen und über das Bestehen und den Inhalt des in dem Veräusserungsverbot bezeichneten Rechts entscheiden, auch dann gegen den Geschützten Rechtskraft wirken,[5]) wenn der Prozess zwar nach Erlass des Veräusserungsverbots, aber vor Eintritt der Rechtsnachfolge begonnen hatte. Voraussetzung ist natürlich, dass der Prozess nicht etwa die Rechtsfolgen einer Verfügung geltend macht, welche nach Erlass des Veräusserungsverbots getroffen wurde und der Wirksamkeit gegenüber dem durch das Verbot Geschützten entbehrt.[6]) Und weiter ist die Voraussetzung, dass dieser, wenn seine Rechtsnachfolge nach Beginn des Prozesses eintrat, nicht etwa nach den Grundsätzen über den Erwerb vom Nichtberechtigten vor den Nachteilen der Erstreckung der Rechtskraft geschützt ist.[7])

Dass der Prozessgegner das erlassene Veräusserungsverbot nicht kannte, ist in keinem Falle Bedingung dafür, dass die Rechtskraft auf den Geschützten erstreckt wird.[8]) Voraussetzung hierfür ist nur, dass die Rechtsnachfolge stattfand, nachdem der Prozess über das Recht, dessen Veräusserung verboten war, begonnen hatte. Hat der Käufer gegen den Verkäufer ein Veräusserungsverbot erwirkt, und wird nun von diesem oder gegen ihn ein Eigentumsfeststellungsprozess begonnen, so kann der Käufer dem siegenden Gegner nicht entgegenhalten, dass dieser beim Prozessbeginn Kenntnis von dem Veräusserungsverbot gehabt habe. Denn

---

5) Eine andere Frage ist es, ob der Dritte nicht berechtigt ist, den Prozes an Stelle des Inderdikten fortzusetzen. Keinenfalls ist er hierzu auf Grund des Veräusserungsverbots befugt, auch nicht auf Grund der rechtsgeschäftlichen oder einer solchen nach CPO. § 894 gleichzuachtenden Zwangsverfügung. Fraglich kann nur der Fall der Pfändung sein, vgl. unten § 21, II.

6) Beispiel: Dem G ist im Interesse des X verboten, über eine Forderung zu verfügen. Nun erst cediert G die Forderung an den K, bestreitet dann aber die Gültigkeit der Abtretung. Der Sieg des K präjudiciert dem X nicht, wohl aber würde er es thun, wenn K auf Grund einer vor Erlass des Verbots ergangenen Verfügung auf Feststellung seiner Gläubigerschaft geklagt hätte.

7) Beispiel: Der Käufer erlangt ein Veräusserungsverbot gegen den Verkäufer. Nunmehr beginnt X mit dem Verkäufer einen Eigentumsfeststellungsstreit. Ohne von diesem etwas zu wissen, erhält jetzt der gutgläubige Käufer die Auflassung. Die Rechtskraft berührt ihn hier nicht. Denn dies Veräusserungsverbot kann ihm keinenfalls schaden.

8) Der Geschützte hat gemäss § 69 CPO. in Ansehung der Prozessführung die Stellung eines Streitgenossen, wenn er sich als Intervenient anschliesst.



Prozessieren ist nicht Verfügen und nur das letztere ist dem Verkäufer verboten.[9])

So kann sich auch der Schuldner gegenüber dem Geschützten, der späterhin die zwangsweise Übertragung der Forderung erhielt, auf die Abweisung der Klage berufen, welche der Gläubiger nach Erlass des Veräusserungsverbots[10]) angestellt hatte. Hat der Schuldner an den Gläubiger gezahlt, so ist dies dem Geschützten gegenüber wirkungslos, falls die Zahlung in Kenntnis des Veräusserungsverbots geleistet ist.[11]) Ist dies richtig, so gilt das entsprechende auch von der zwangsweisen Beitreibung, die ja als Zahlung von Seiten des Schuldners gilt.[12]) Dies ist um deswillen nicht unbillig, weil der Schuldner gegenüber der Klage auf Leistung aus dem Veräusserungsverbot eine (aufschiebende) Einrede entnehmen kann.[13]) Lässt er sich zur Zahlung an den Gläubiger verurteilen, obwohl er das Einziehungsverbot kannte, so ist es seine eigene Schuld, wenn er an den Geschützten zahlen muss, nachdem dieser die Cession der Forderung erlangt hat.[14])

III. Hieraus ergibt sich allerdings eine Gefährdung des Dritten, zu dessen Schutz das Veräusserungsverbot erlassen wurde. Denn da das Ergebnis des Prozesses einerseits gegen den nach Beginn der Rechtshängigkeit eingetretenen Successor wirksam ist, anderseits aber von dem prozessualen Verhalten der Parteien abhängt, so ist es sehr wohl möglich, dass der Dritte ein Urteil anerkennen muss, welches dem Interdikten das ihm in Wirklichkeit zustehende Recht abspricht oder eine Belastung desselben als vorhanden anerkennt, welche in Wirklichkeit nicht bestand und wegen des Veräusserungsverbots mit Wirksamkeit gegen den Dritten nicht hätte erzeugt werden können. Sollte diese Gefährdung des Dritten

---

9) Vgl. näher oben S. 14 f.

10) Dass das Veräusserungsverbot das Verbot der Einziehung enthält, bestätigt § 829 I CPO.

11) Arg. § 135 II in Verbindung § 407 I BGB. — Das Verbot der Verfügung über ein dingliches Recht berührt als solches die Geltendmachung der dinglichen Ansprüche nicht. Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 213.

12) CPO. §§ 815 III, 819.

13) Dies habe ich in Anspr. u. Klagr. S. 213/4 zu begründen versucht. Dass die Verneinung zu unhaltbaren Ergebnissen führt, zeigt gerade die im Texte untersuchte Situation. Der Einrede kann der Kläger mit dem Antrag auf Verurteilung zur Hinterlegung begegnen.

14) Tritt die Übertragung nach der letzten Thatsachenverhandlung ein, so kann dies im Wege der Widerspruchsklage (§ 767 CPO.) geltend gemacht werden.

ausgeschlossen sein, so hätte es der Bestimmung bedurft, dass das Urteil keine Rechtskraft gegen solche Rechtsnachfolger schaffe, dessen Stellung durch Verfügungen der Prozesspartei zur Zeit des Prozessbeginns nicht beeinträchtigt werden konnte. In den Verhandlungen der I. Kommission des BGB.[15]) wurde ein solcher Antrag gestellt, jedoch abgelehnt, da die Prozessführung ein auf die Konservierung des Rechts gerichteter, mithin ein Verwaltungsakt sei; eine Motivierung, die dann in die Motive zu E. I (Band I S. 379) übergegangen ist.

IV. Einen stärkeren Schutz geniesst der Dritte, wenn der Partei das sowohl die Verfügungsmacht als auch die Befugnis zur Prozessführung umfassende Verwaltungsrecht entzogen wurde.[16]) In den letzteren Fällen verliert die Partei die Sachlegitimation und das gegen sie ergehende Urteil wirkt gegenüber demjenigen, zu deren Schutz die Sachlegitimation entzogen wurde, nicht.

§ 15.

b) Bedingungen und Zeitbestimmungen.

I. Die aufschiebende Bedingung und der Anfangstermin.

Ist unter einer solchen Nebenbestimmung eine Rechtsübertragung oder ein sonstiges, eine Verfügung über ein bestehendes Recht enthalten-

15) Metallographierte Ausgabe der Protokolle S. 425/6, 430/2. Der zuerst gestellte Antrag lautete: „Wenn die Rechtsnachfolge zwar erst nach der Rechtshängigkeit eingetreten ist, aber auf einem Rechtsgeschäft beruhte, durch welches der Rechtsvorgänger in solcher Art gebunden war, dass eine von ihm vorgenommene Veräusserung beim Eintritt der Rechtsnachfolge dem Rechtsnachfolger gegenüber unwirksam war, so wirkt das Urteil gegen den Rechtsnachfolger nur dann, wenn derselbe dem Rechtsstreit als Nebenintervenient beigetreten oder von der Gegenpartei zu dem für die mündliche Verhandlung bestimmten Termin geladen war. — Die vorstehende Vorschrift findet entsprechende Anwendung auf die Wirkung rechtskräftiger Urteile gegen diejenigen, zu deren gunsten ein Veräusserungsverbot erlassen worden, wenn die Rechtshängigkeit nach dem Erlasse des Veräusserungsverbots eingetreten war". — Dieser Antrag wurde fallen gelassen und durch folgenden ebenfalls abgelehnten ersetzt: „Gegen Dritte, denen gegenüber eine Veräusserung der Partei unwirksam sein würde, wirkt das gegen die Partei ergangene Urteil nicht. Die Bestimmung des letzten Absatzes findet keine Anwendung, wenn der Dritte von der Gegenpartei zu dem für die mündliche Verhandlung bestimmten Termine geladen war". — Die beiden Anträge wurden hier abgedruckt, weil noch mehrmals auf die Vorgänge in der Kommission Bezug genommen werden muss.

16) So im Falle der §§ 1400 II, 1442/3 BGB. und in den Fällen, in denen gewisse Vermögensbestandteile derart von dem übrigen Vermögen separiert wurden, dass sie die Natur eines selbständigen Sondervermögens erhalten, so z. B. im Falle des § 2129.



des Geschäft[1]) vorgenommen, so tritt die Rechtsnachfolge des Erwerbers erst mit der Erfüllung der Bedingung ein. Wer bedingt verfügt hat, ist also trotzdem noch der Berechtigte, aber seine Verfügungsmacht ist nunmehr mit Rücksicht auf die unentziehbaren Anwartschaftsrechte des anderen Teils eingeschränkt. Der Unterschied von dem Fall, dass wegen des Anspruchs auf Herbeiführung einer Rechtsnachfolge ein Veräusserungsverbot erlassen ist, besteht einmal darin, dass im letzteren Fall die zur Übertragung des Eigentums[2]) erforderlichen rechtsgeschäftlichen Handlungen erst noch vorgenommen werden müssen, während im Falle der bedingten Eigentumsübertragung nichts weiter als die Erfüllung der Bedingung nötig ist, um das Eigentum übergehen zu lassen. Sodann besteht in der Wirkung der Unterschied, dass die gegen § 161 II. BGB. verstossende Verfügung nicht nur relativ unwirksam ist.

Dagegen sind sich diese beiden Fälle in der hier interessierenden prozessualen Beziehung gleich: die Einschränkung der Verfügungsmacht bewirkt keine Einschränkung des Rechts zur Prozessführung, weil diese keine Verfügung ist.[3])

Hieraus ergibt sich als Konsequenz: das gegenüber dem Eigentümer Gläubiger u. s. w. ergangene Urteil ist schlechthin wirksam gegenüber dem Erwerber, wenn dessen Rechtsnachfolge — also die Erfüllung der Bedingung — erst nach dem Prozessbeginn eingetreten ist.[4])

---

1) Nur solche Rechtsakte, welche eine Rechtsnachfolge begründen, kommen in unserem Zusammenhang in Betracht, also nicht das aufschiebend bedingte Versprechen und so auch nicht das Vermächtnis des BGB., da dieses stets nur eine Verpflichtung des Erben begründet. Aber in den Verträgen auf Leistung an Dritte bietet das BGB. (§ 331) eine Geschäftsform, in welcher dem Dritten von Todes wegen direkt ein Recht auf Kosten des Nachlasses zugewendet werden kann, nämlich die Forderung auf die dem Zuwendenden geschuldete Leistung (z. B. die Lebensversicherungssumme). (Vgl. m. Vertr. § 55, bes. S. 360f.) Diese Zuwendung kann von einer nach dem Tode des Erblassers zu erfüllenden Bedingung abhängig gemacht sein und ebenso ist der Fall zu behandeln, wenn der Dritte zur Zeit des Todes noch nicht geboren ist. (Vgl § 331 II BGB. u. m. Vortr. S. 213/4.) Hier ergibt sich eine Rechtslage, welche der im Text bezeichneten analog ist. Zur Einziehung der Leistung ist der Erbe nicht berechtigt.

2) Der Vereinfachung des Ausdrucks halber wird im folgenden exemplikativ von diesem Fall des bedingten Rechtsgeschäfts gesprochen.

3) Zahlung kann der Gläubiger, der bedingt abgetreten hat, nicht verlangen. Der Schuldner hat gegen die ohne Zustimmung des (bedingten) Cessionars erhobene Klage (auf Leistungen der Cedenten) eine Einrede, solange die Bedingung schwebt. Vgl. oben § 14 bei Note 11f., Anspr. u. Klagr. S. 214f.

4) Übereinstimmend Motive zu E. I BGB. Bd. 1 S. 378/9 im Widerspruch mit Bd. 5 S. 118, wo auffallenderweise die Anschauung vertreten wird, dass bei Erfüllung der auf-



II. Auflösende Bedingung und Endtermin.

1. Die ganz allgemeine Meinung leugnet, dass der Veräusserer, an den das Recht zurückfällt, der Rechtsnachfolger des Zwischenberechtigten sei.[5])

Eine Begründung dieses gerade in prozessualer Beziehung sehr bedeutungsvollen Satzes wird entweder gar nicht versucht oder sie kann doch nicht als zutreffend betrachtet werden.

Gehen wir von dem Fall einer resolutiv-bedingten einfachen Übertragung des Eigentums oder der Abtretung einer Forderung aus, so ist zunächst das zweifellos, dass der Erwerber bis zur Resolution der Berechtigte ist und dass mit ihm der Veräusserer es wieder wird. Weshalb soll nun der Veräusserer, der an die Stelle des Erwerbers tritt, nicht sein Rechtsnachfolger sein?

Ein Grund für diese Negation kann jedenfalls nicht darin gefunden werden, dass der Tradent, der Cedent u. s. w. früher schon einmal Eigentümer, Gläubiger u. s. w. war. Denn sonst würden auch die Rückauflassung, die Rückcession nicht zu den abgeleiteten Erwerbsarten gehören.

Ebensowenig liegt ein Grund darin, dass der Rückfall sich direkt — oder wie man auch heute noch zu sagen liebt: ipso jure — vollzieht. Der Rückfall vollzieht sich kraft der Willenseinigung der beiden Parteien, die in Verbindung mit der Übertragung getroffen wurde.[6]) Das besondere ist nur, dass die Rückübertragung nicht derjenigen Rechtsformen bedarf, welche bei der einfachen Übertragung ausser der Willenseinigung

schiebenden Bedingung und des Anfangstermins „eine Rechtsnachfolge nicht anzunehmen sei, weil der Grund des späteren Erwerbs durch das bedingte Rechtsgeschäft bereits in unverrückbarer Weise gelegt ist". (Vgl. dazu u. § 32.) Auch in der ersten Kommission wurde die gar nicht zu leugnende Rechtsnachfolge bejaht und der Antrag, die hieraus bezüglich der Rechtskrafterstreckung sich ergebende Konsequenz zu beseitigen, abgelehnt. Vgl. oben § 13 Note 15. Mit uns übereinstimmend Planck, Erl. 3 zu § 161.

5) So Motive zu E. I BGB. Bd. 1 S. 378/9. Planck, Komm. Vorbem. IV, 5, 6 vor § 1, Erl. 3 zu § 161; Hölder, Bem. 3 zu § 221; Gaupp-Stein, Note 16 zu § 325, obwohl er in Bem. II Abs. 1 zu § 239 den Eigentümer als Nachfolger des gestorbenen Niessbrauchers betrachtet. Ich selbst bin früher (Anspr. u. Klagr. S. 210 Note 4) auch dieser Ansicht gefolgt, deren Unrichtigkeit ich jetzt erkannt habe.

6) Es ist deshalb m. E. nicht richtig, den Rückfall unter die ex lege sich vollziehenden Erwerbsarten zu rechnen. A. M. Kipp bei Windscheid II § 330 nach Note 12, der den Rückfall einer sub cond. resol. abgetretenen Forderung zu den Fällen des gesetzlichen Forderungsübergangs zählt. Mit demselben Recht könnte dies dann entsprechend auch für die aufschiebend bedingte Cession behauptet werden.



der Beteiligten erforderlich sind. So ist namentlich bei beweglichen Sachen für den Rückfall des Eigentums nicht die Besitzübergabe erforderlich. Das ist allerdings eine Singularität.[7]) Sie betrifft aber nur die Art, in welcher sich der Rechtserwerb vollzieht und hindert es nicht, diesen als einen abgeleiteten zu betrachten. Ist die dingliche Wirkung der Resolutivbedingung und des Endtermins gesetzlich anerkannt, so wird dadurch den Parteien ermöglicht, von vornherein den Eintritt derjenigen Rechtswirkung sicherzustellen, den sie andernfalls durch ein zweites Rechtsgeschäft herbeiführen müssten, wie dies in der That stets bei Grundeigentumsübertragung und sonst dann nötig ist, wenn das Kausalgeschäft auflösend-bedingt geschlossen, die Rechtsübertragung aber pure vorgenommen wurde.[8])

Für die Motive[9]) scheint der entscheidende Grund darin zu liegen, dass „der Grund des späteren Erwerbs bereits durch das bedingte Geschäft in unverrückbarer Weise gelegt ist". Allein von diesem Gesichtspunkt aus gelangt man notwendig zu der von den Motiven a. a. O. in der That gezogenen Konsequenz, dass auch bei dem aufschiebend bedingten Anfall eine Rechtsnachfolge nicht anzunehmen sei. Ist diese letztere Anschauung aber zurückzuweisen,[10]) so ergibt sich damit die Notwendigkeit, auch bezüglich des Rückfalls die bekämpfte Auffassung zu verlassen. Denn die Rechtslage des unter einer auflösenden Bedingung Berechtigten entspricht vor deren Eintritt vollkommen der Rechtslage des Veräusserers bei aufschiebender, noch schwebender Bedingung. Im ersteren Fall ist der Erwerber der Eigentümer der Sache und der Tradent hat ein Anwartschaftsrecht auf den Wiedererwerb des Eigentums. Ist unter einer aufschiebenden Bedingung verfügt, so ist der Tradent trotzdem noch der Eigentümer und der andere Teil hat das Anwartschaftsrecht. Der für unsere Frage irrelevante Unterschied[11]) besteht nur darin,

7) Die für das römische Recht streitige Frage ist im BGB. § 158 II Satz 2 entschieden. — Bei resolutiv bedingter Cession fällt die Singularität fort.

8) Die Rücktrittsvereinbarung hat im Zweifel nur diese obligatorische Wirkung, und stets ist es so bei dem gesetzlichen Rücktritt, BGB. §§ 346 f., 327. Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 21/3.

9) Bd. 5 S. 118. — Liegt bei der Bemerkung der Motive, „von Rechtsnachfolge könne nicht gesprochen werden, da der frühere Zustand wiederhergestellt werde", nicht vielleicht die Vorstellung von einer rückwirkenden Kraft der Resolutivbedingung zu Grunde?

10) Die Motive Bd. 1 S. 378/9 stehen auf dem entgegengesetzten, hier vertretenen Standpunkt. Vgl. oben Note 4.

11) Vgl. oben bei Note 9.



dass der Erwerb in dem ersten Falle Rückfall, in dem zweiten aber Anfall ist. Die Gleichheit in der Behandlung der Aufhebung der Wirkung und des Eintritts der Wirkung kommt im Gesetz in den §§ 160/1 zum deutlichen Ausdruck.

Der Rückfallsberechtigte erhält ebenso wie der Anfallsberechtigte das Recht so, wie es sich bei seinem Rechtsvorgänger während des Schwebens der Bedingung gestaltet hat. Das gilt schlechthin für diejenigen Umwandlungen, die sich nicht durch Rechtsgeschäft oder Vollstreckung vollziehen. Solche Verfügungen aus der Zwischenzeit fallen allerdings, soweit sie den Rückfalls- oder Anfallsberechtigten beeinträchtigen, zusammen, falls nicht etwa seine Zustimmung gegeben oder wegen des guten Glaubens des beteiligten Dritten [12]) nicht erforderlich war. [13]) Soweit aber die Verfügung keine Beeinträchtigung enthält, [14]) bestimmen auch die Rechtsgeschäfte des Zwischenberechtigten den Zustand, in welchem das Recht anfällt oder zurückfällt. — Wer diese wohl kaum zu bezweifelnden Sätze annimmt und trotzdem den Rückfallsberechtigten nicht als den Rechtsnachfolger des Zwischenberechtigten betrachtet wissen will, bewegt sich meines Erachtens in einem Widerspruch.

Die Rechtsnachfolge, welche sich durch den Eintritt der auflösenden Bedingung oder des Endtermins vollzieht, kann verschiedener Art sein. Der Rückfall stellt eine translative Succession dar, wenn für den Erwerber eine solche eingetreten war. Er ist eine restitutive Succession, wenn für den Erwerber eine konstitutive Succession vorlag. In diesen Beziehungen darf auf die späteren Erörterungen Bezug genommen werden. [15]) Hier darf nur darauf hingewiesen werden, dass mit dem Rückfall des Eigentums [16]) nicht auch ipso pure der Besitz zurückerworben wird. Dieser

---

12) Als solcher kommt auch der Schuldner in Betracht. War diesem die Resolutivbedingung der Cession nicht bekannt oder zahlte er an den Cessionar in Unkenntnis des Eintritts der Bedingung, so ist er befreit (§ 407).

13) BGB. § 161 III.

14) So namentlich rücksichtlich der Einkünfte, die der Zwischenberechtigte gezogen hat, rücksichtlich der Mahnung des Schuldners, rücksichtlich jeder Verbesserung der Rechtslage (Zinserhöhung, Erwerb von Pfandrechten oder sonstigen Nebenrechten) u. s. w. Auch die Vollendung einer Ersitzung kommt dem Rückfallsberechtigten zu gute, wie ihm anderseits die Vollendung der Anspruchsverjährung schadet.

15) Vgl. unten § 37 9.

16) Mit dem Eigentum gehen auf ihn die für den Zwischeneigentümer begründeten Eigentumsansprüche (gegen dritte Besitzer) über. Dass es derselbe Anspruch ist, erhellt daraus, dass der Besitzer sich dem Rückfallsberechtigten gegenüber die Zeit an-

muss durch Rechtsgeschäft zurückübertragen werden und auf diese Weise wird der Rückfallsberechtigte jedenfalls der Rechtsnachfolger im Besitz des Zwischenberechtigten. Damit succediert er auch in die Verpflichtungen, welche gegen den Zwischenbesitzer durch dessen Besitz der Sache begründet waren.[17]) — Erlischt der Niessbrauch, so succediert der Eigentümer dem Niessbraucher nur insofern, als er die Eigentumsfreiheit von ihm ableitet. In den Anspruch auf Herausgabe, der für den Niessbraucher gegen einen dritten Besitzer begründet war, succediert der Eigentümer nicht. Denn dieser hatte als fortdauernder Eigentümer bereits den Eigentumsanspruch und erhebt diesen (nicht etwa den Niessbrauchsanspruch) gegen den Besitzer, der die Sache vor Beendigung des Niessbrauchs erlangt hat.

2) Die Konsequenzen der hier vertretenen Auffassung für die Rechtskraftslehre sind von der grössten praktischen Bedeutung.

Die herrschende Meinung spricht dem Urteil, welches gegenüber dem Zwischenberechtigten ergangen ist, jede Bedeutung für und gegen den Rückfallsberechtigten ab und leugnet in dem Falle eines während des Prozesses des Zwischenberechtigten eintretenden Rückfalls die Anwendbarkeit des § 265 CPO. Von unserem Standpunkte aus ergeben sich die entgegengesetzten Entscheidungen.

Soweit der Rückfallsberechtigte der Rechtsnachfolger des Zwischenberechtigten ist, wirkt das diesem gegenüber ergangene Urteil für und gegen den Rückfallsberechtigten, wenn nur der Prozess vor Eintritt der Resolutivbedingung oder des Endtermins begonnen hatte. Der Umstand, dass der Zwischenberechtigte die Rechtslage des Rückfallsberechtigten durch seine Verfügungen nicht beeinträchtigen konnte, hindert jene Wirksamkeit seiner Prozessführung hier ebensowenig, wie in den bisher[18]) betrachteten Fällen.[19])

---

rechnen kann, während welcher gegen den Eigentumsanspruch des Zwischenberechtigten die Verjährung gelaufen war. Vgl. unten 36 bei Note 10.

17) Über die hieraus sicher gebenden Konsequenzen vgl. § 36, 48/9. Dass der Rückfallsberechtigte sich die Ersitzungszeit des Zwischenbesitzers anrechnen könne, bestreitet Planck, Erl. 2 Abs. 4 zu § 221, während die Motive Bd. 3 S. 353 bejahen und sich somit in einen handgreiflichen Widerspruch mit ihrem prinzipiellen Standpunkt (oben Note 5) setzen. Die Anrechnung war schon gemeinen Rechtens (Windscheid I § 181 Note 11) und wird für das BGB. mit Recht von Hölder, Bem. 3 zu § 221 und Kipp bei Windscheid I S. 832 verteidigt. Gegen Planck s. näher § 36, I.

18) § 14 und in diesem Paragraph unter I.

19) Das Gesetz kann Ausnahmen bestimmen. Eine solche findet sich bezüglich

Dieses Ergebnis entspricht auch allein dem praktischen Bedürfnis. Dieses fordert entschieden, dass auch während des Schwebens der auflösenden Bedingung ein Prozessgegner vorhanden sei, dem gegenüber die Frage nach dem objektiven Bestande des resolutiv bedingt übertragenen Rechts oder die Frage nach seiner subjektiven Zuständigkeit definitiv zum Austrag gebracht werden kann. Ist aber der Zwischenberechtigte das Subjekt dieses Rechtes und nur ebenso wie der Berechtigte, der unter einer noch schwebenden aufschiebenden Bedingung verfügt hat, in der Verfügung beschränkt, so muss dieses jetzige vollberechtigte Rechtssubjekt auch derjenige sein, dem gegenüber jene Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden sind. Das erfordert ebenso sehr das Interesse der beteiligten dritten Personen, wie das Interesse des Zwischenberechtigten und des Rückfallsberechtigten selbst.

Eine weitere Konsequenz der Rechtsnachfolgerschaft des Rückfallsberechtigten ergibt sich aus den später (§ 55 f.) zu betrachtenden §§ 407, 412, 413 BGB. Beginnt der Prozess mit dem Zwischenberechtigten, nachdem die auflösende Bedingung oder der Endtermin eingetreten ist, so ist er nicht mehr zur Sache legitimiert. War aber der Rückfall dem Gegner zur Zeit des Prozessbeginns unbekannt, so wirkt nach der Ausnahme des § 407 II BGB. die Prozessführung mit dem falsus contradictor trotzdem gegen den Rückfallsberechtigten.

§ 16.

c) Die schwebende Wirksamkeit und die schwebende Unwirksamkeit.

Das Pendenzverhältnis, welches eintritt, wenn die Parteien den Beginn oder die Endigung der Wirkung eines Rechtsgeschäfts von einer Bedingung abhängig gemacht haben, ist verwandt mit dem Schwebezustand, der kraft Gesetzes in bestimmten Fällen eintritt.

I. Dem Rechtsgeschäft mit aufschiebender Bedingung entspricht die schwebende Unwirksamkeit. Sie ist dann vorhanden, wenn zwar die den Inhalt des Rechtsgeschäfts bildenden Willenserklärungen vollständig abgegeben worden sind, wenn aber noch ein solcher in

des Vor- und Nacherben. (Vgl. § 33.) Aber diese Ausnahme bestätigt nur das Regelrecht.

concreto erforderlicher weiterer Umstand fehlt, welcher nach der Auffassung des Gesetzes keinen integrierenden Bestandteil des Geschäfts selbst darstellt [1]) und deshalb nachholbar ist. [2]) Die hierher gehörigen Fälle sind Verfügungen, die ein Nichtberechtigter oder ein in der Verfügungsmacht beschränkter Berechtigter [3]) vorgenommen hat, [4]) die Verfügungen eines beschränkt Geschäftsfähigen und endlich die Verfügungen, bei denen dem Disponenten oder dem anderen Teil die Vertretungsmacht fehlt oder doch nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ausgeübt werden kann.

In allen diesen Fällen entbehrt das Rechtsgeschäft einstweilen der seinem Inhalt entsprechenden Wirkung. [5]) Aber diese Unwirksamkeit ist eine schwebende. Sie wird entweder zur definitiven, also zur „Nichtigkeit" im Sinne des BGB.,[6]) oder an ihre Stelle tritt die Wirksamkeit des Geschäfts und zwar mit rückwirkender Kraft, falls nicht ein anderes bestimmt wird. [7])

Wie bei dem suspensiv bedingten Rechtsgeschäft tritt die Rechtsnachfolge, deren Herbeiführung die „Geschäftswirkung" der genehmigungs-

---

1) Deshalb ist für die Erteilung der Genehmigung nicht die Form erforderlich, welche für das Rechtsgeschäft selbst vorgeschrieben ist.

2) Zutreffend ist es, wenn Crome, System I S. 351 die Notwendigkeit der Aufstellung der von ihm sog. einstweiligen oder schwebenden Unwirksamkeit betont. Aber ich kann ihm nicht folgen, wenn er die in Frage stehenden Fälle dadurch charakterisiert, dass es sich um solche fehlende Gültigkeitsfaktoren handele, die „eigentlich (normalerweise) gleichzeitig mit dem vorhandenen Thatbestand hätten verwirklicht werden müssen". M. E. kommt es gerade darauf an, dass die Stücke nachholbar sind, also beliebig gleichzeitig oder nachträglich verwirklicht werden können.

3) Dass die Verfügungen des Interdikten oder des sonst in der Verfügung Beschränkten mit Zustimmung des Berechtigten gültig sind oder werden, ergibt sich direkt aus § 135 II, § 161 III. Zu den dort angezogenen Grundsätzen gehört auch § 185 BGB. Vgl. auch § 1395 f., § 1444 f.

4) Ein besonderer Anwendungsfall ist die Annahme der Erfüllung seitens des Nichtgläubigers. Vgl. unten § 39.

5) Zutreffend Zitelmann, Allg. Teil S. 101 mit der kurzen Formulierung: „Geschäftswirkung", im Gegensatz zu sonstigen Wirkungen, die sich nicht aus dem Inhalt des Geschäfts ergeben.

6) Nämlich dann, wenn entschieden ist, dass das Fehlende nicht nachgeholt wird. Zutreffend bezeichnet Zitelmann, Allg. Teil S. 102 das nichtige Rechtsgeschäft als dasjenige, welches endgültig unwirksam ist, obwohl es (abgeschlossen ist und) wirksam sein möchte.

7) BGB. § 184. Daraus, das die Parteien die Rückwirkung ausschliessen können, folgt nicht, dass in Ermangelung einer Bestimmung „die rückwirkende Kraft lediglich auf dem Willen des Genehmigenden beruht" (so Enneccerus, BR. 2. Aufl. I § 112 Nr. 2). Kraft Parteiwillens kann die rückwirkende Kraft gerade nicht herbeigeführt werden.



bedürftigen Verfügung sein soll, erst mit der Genehmigung ein. Der Unterschied ist, dass das bedingende Ereignis hier die rückwirkende Kraft hat, welche bei dem bedingten Rechtsgeschäfte fehlt und zwar so fehlt, dass die Parteien sie als eine dingliche überhaupt nicht vereinbaren können.

Wird hierdurch eine Änderung in den Rechtskraftsgrundsätzen herbeigeführt? Die Motive [8]) werfen die Frage auf, ohne sie zu beantworten, und meinen, „eine Lösung durch eine positive Gesetzesbestimmung sei, zumal bei der Seltenheit des praktischen Vorkommens, [9]) nicht angezeigt".

Meines Erachtens ist die Frage auf das entschiedenste zu verneinen. War über die Rechte eines Dritten [10]) verfügt, so hängt die Wirksamkeit seiner Genehmigung davon ab, dass er der Berechtigte war zur Zeit, als er die Genehmigung erteilte. Genehmigt ein Dritter als der angebliche Eigentümer der veräusserten Sache, nachdem gegen ihn ein Eigentumsfeststellungsstreit begonnen hatte, so ist die Entscheidung gegenüber dem Erwerber als dem Rechtsnachfolger (S. 103) wirksam. — Handelt es sich um eine Genehmigung, die den Mangel in der Geschäftsfähigkeit oder die mangelnde Vertretungsmacht heilt, so hängt die Erstreckung der Rechtskraft davon ab, dass gegenüber der Partei, die selbst oder deren gesetzlicher Vertreter genehmigt, zur Zeit der Genehmigung die Rechtshängigkeit des den Gegenstand der Verfügung bildenden Rechts begründet war. Der Rechtsnachfolger kann in beiden Fällen die Erstreckung nicht mit der Motivierung ablehnen, seine Rechtsnachfolge d a t i e r e aus der Zeit vor der Rechtshängigkeit.

Es liegt nahe, als Grund für die Irrelevanz der rückwirkenden Kraft den § 184 II BGB. anzuführen. Allein dieser Paragraph hält lediglich die Verfügungen der Zwischenzeit aufrecht und es führt zu schweren Fehlern, wenn man das, was das BGB. bezüglich der Verfügungen normiert, auf die Prozessführung anwendet. [11]) Vielmehr erscheint als durchschlagender Grund folgender: Die CPO. macht die Rechtskrafterstreckung davon abhängig, dass die Rechtsnachfolge nach dem Beginn der Rechtshängigkeit

8) Bd. 1 S. 379.

9) Ich glaube kaum, dass dieses Vorkommen seltener sein wird, als Verfügungen in der Zwischenzeit, die der § 184 II BGB. regelt.

10) Darüber, dass dieser der Rechtsvorgänger des Erwerbers ist, vgl. oben § 13 III.

11) Vgl. oben § 14 III, wo im Anschluss an die allgemein angenommene Meinung der Motive bestimmt abgelehnt wurde, aus dem Mangel wirksamer Verfügung auf den Mangel wirksamer Prozessführung zu schliessen.



eingetreten ist. Das ist aber hier zweifellos. Die civilistische Zurückdatierung der Rechtsnachfolge ist prozessual irrelevant.

II. Wie die schwebende Unwirksamkeit verwandt (aber keineswegs identisch) mit dem Ausstehen der aufschiebend bedingten Wirkung eines Geschäfts ist, so bildet das Pendant zu dem Ausstehen der Auflösung einer rechtsgeschäftlichen Wirkung die schwebende Wirksamkeit, welche das anfechtbare Rechtsgeschäft charakterisiert.[12])

1. Ist ein Recht auf einen Erwerber in anfechtbarer Weise übergegangen,[13]) so liegt zweifellos eine Rechtsnachfolge vor, wenn eine Anfechtbarkeit in dem Sinne gegeben ist, dass die Anfechtung die Bedeutung besitzt, dass der Erwerber die Verpflichtung hat, das Recht auf den früheren Berechtigten zurückzuübertragen. In dieser Weise ist die Rechtslage im gemeinen Recht z. B. bei der durch Betrug veranlassten Eigentumsübertragung. Im Reichsrechte wird von der herrschenden Ansicht eine bloss obligatorische Rückgewährungspflicht bei der Gläubigeranfechtung angenommen.[14]) Zweifellos ist es nach dem BGB. so, wenn eine Rechtsübertragung wegen ungerechtfertigter Bereicherung[15]) oder infolge einer Rücktrittserklärung[16]) oder infolge eines Schadensersatz-

---

12) Höchst eigentümlich ist die nachträgliche Unwirksamkeit der Genehmigung, die nach §§ 108 II, 177 II BGB. eintreten kann. Hatte der Vormund dem Minderjährigen die Genehmigung zur Veräusserung der dem Käufer übergebenen Sache erteilt, so wird sie unwirksam, wenn der Käufer den Vormund zur Erklärung auffordert. Man wird diese sonderbare Vorschrift (vgl. die zutreffende Kritik von Hölder, Bem. 2 zu § 177) dahin zu verstehen haben, dass die Erklärung an den Minderjährigen allein nicht genügt, wenigstens nicht unter der Bedingung, dass der andere Teil den Vormund zur Erklärung auffordert. Bis dahin, dass feststeht, dass es zu dieser Aufforderung nicht kommen wird, wird man die schwebende Unwirksamkeit als fortdauernd anzusehen haben. Andernfalls würde sich das unannehmbare Resultat ergeben, dass der Käufer Eigentümer geworden sei, aber sein Eigentum dadurch, dass der Vormund zur Erklärung aufgefordert wird, wieder verlieren würde. — Hiernach scheiden die Fälle der §§ 108 II und 177 II von der jetzigen Betrachtung aus. — Der Fall des § 2077 kommt für unsere Erörterungen nicht in Betracht, weil die Bedenkung des Ehegatten erst nach dem Tode des Erblassers eine Rechtsnachfolge begründen kann.

13) In unserem Zusammenhang interessiert nur die anfechtbare Verfügung, die eine Succession herbeiführte. Deshalb wird nur diese im folgenden in das Auge gefasst.

14) So von Seuffert, Konkursrecht S. 219f., Jäger, Komm. zu § 29 KO., Cosack, 3. Aufl. Bd. 1 S. 156, Leonhard, Allg. Teil S. 144 („irreguläre Inkonsequenz der Gesetzessprache"), Enneccerus, BR. I § 110 IV. Vgl. auch Note 19.

15) So auch, wenn die Anfechtbarkeit im Sinne des § 142 BGB. lediglich das Kausalgeschäft betraf, so dass nach dessen Anfechtung eine condictio sine causa entstand; ebenso wenn eine Schenkung widerrufen wird (§ 531 BGB).

16) Über den Unterschied von der condictio sine causa vgl. Anspr. u. Klagr. S. 213.



anspruchs[17]) rückgängig gemacht wird. — In allen diesen Fällen ist es sicher, dass der § 325 I CPO. Anwendung findet, falls das Recht vor dem Eintritt der Rechtsnachfolge (durch Zurückübertragung) bei dem Erwerber rechtshängig geworden war.

2. Schwierig und nicht ohne Zweifel liegt die Sache, wenn ein Rechtserwerb[18]) anfechtbar in dem technischen Sinn des BGB. ist und mit Erfolg angefochten wird.[19])

a) Die Geschäftswirkung des anfechtbaren Geschäfts und die Wirkung, welche das Gesetz an sonstige anfechtbare Thatbestände anknüpft, treten trotz des Anfechtungsgrundes ein. Handelt es sich um Rechtsnachfolge, so geht also das Recht auf den Erwerber nicht nur scheinbar, sondern wirklich über.[20]) So bedeuten denn auch die Bestätigung des Geschäfts

---

17) Er kann auf demselben Grund wie die Anfechtbarkeit beruhen und bestehen bleiben, obwohl die Rescissionsmöglichkeit weggefallen ist, so wenn der Erwerber selbst die Drohung begangen hatte. Zutreffend Enneccerus, BR. II § 110 III, vgl. auch Anspr. u. Klagr. S. 14/6.

18) Auch da, wo Rechtsgeschäfte angefochten werden, handelt es sich in genauer Redeweise nicht um die Beseitigung des Geschäftsschlusses, sondern um die Aufhebung seiner Rechtsfolgen. Der Geschäftsschluss ist eine Thatsache, die durch kein Rechtsgebot ungeschehen gemacht werden kann. Richtig formuliert BGB. § 1331: Die Ehe (d. h. das Eherechtsverhältnis) wird angefochten, ebenso § 1593: die Ehelichkeit wird angefochten.

19) In Betracht kommen hier a) Veräusserungsgeschäfte, die wegen Irrtums, Zwangs oder Betrugs anfechtbar sind, b) Gläubigerbenachteiligung (der von mir in Vertr. § 58, Zeitschr. f. CPr. 26 S. 474f. und Anspr. u. Klagr. S. 260 Note 16 verteidigten Ansicht haben sich angeschlossen Kipp bei Windscheid II § 463a und Crome, System I S. 352 4, vgl. auch Wolf, Komm. z. KO. S. 129, u. Hellmann, Encyklopädie, S. 743); c) anfechtbare Erbeinsetzung durch Testament oder Erbvertrag, d) Zuwendung von Todes wegen durch Vertrag auf Leistung an Dritte (BGB. § 331, vgl. m. Verträge §§ 45, 54/5, 57/8), e) Anfechtung der Versäumung der Erbschaftsausschlagungsfrist (dass es sich hier nicht um Anfechtung eines Rechtsgeschäfts handelt, bemerkt zutreffend Kipp bei Windscheid I S. 371 a. E.), f) Anfechtung eines Erbschaftserwerbs wegen Erbunwürdigkeit. (Die Anfechtung des Vermächtnisanspruchs (§ 2345) macht dessen Erfüllung nicht rückgängig; es entsteht nur eine condictio sine causa.)

20) Dies können diejenigen am wenigsten leugnen, welche sogar annehmen, dass der Cessionar die Forderung trotz Anfechtbarkeit des Cessionsgeschäfts geltend machen kann, ohne einer Einrede ausgesetzt zu sein. (So die herrschende Meinung, vgl. z. B. Dernburg, BR. II § 140 N. IV.) Vgl. dagegen Anspr. u. Klagr. S. 214 Note 14a, wo die Ansicht vertreten wird, dass die Anfechtbarkeit hier eine (dilatorische) Einrede erzeugt. Dies folgt daraus, dass derjenige, der die Anfechtbarkeit kennt, nach geschehener Anfechtung so behandelt wird, als habe er die Nichtigkeit gekannt. Wird der Schuldner also nicht befreit, wenn er in Kenntnis der Anfechtbarkeit zahlt, so kann er auch nicht gegen seinen Willen dazu gezwungen werden. Der Rechtsübergang wird damit nicht

und die Versäumung der Anfechtungsfrist nicht etwa, dass nun erst die Rechtsnachfolge eintritt, sondern sie bedeuten lediglich den Wegfall des Anfechtungsrechts: die Rechtsnachfolge ist nunmehr eine unwiderrufliche geworden.[21]) Bis zum Wegfall des Anfechtungsrechts ist es nicht in der Schwebe, ob das Geschäft unwirksam bleiben wird, sondern ob die eingetretenen Wirkungen wieder wegfallen werden.[22])

Diesen Wegfall führt der Anfechtungsberechtigte kraft der ihm vom Gesetz verliehenen Macht direkt durch seine Anfechtungserklärung [23]) herbei; in besonderen Fällen aber muss er ein richterliches Urteil erlangen, mit dessen Rechtskraft erst die bisher bestehende Wirkung rescindiert wird.[24]) Dieses Urteil ist ebensowenig wie die Anfechtungserklärung der Partei eine „Feststellung" oder „Enthüllung" oder „Hervorkehrung" oder „Rüge" vorhandener Nichtigkeit, sondern in beiden Fällen liegen konstitutive Rechtsakte vor.[25])

---

geleugnet, sondern ist gerade die Voraussetzung, unter welcher allein von einem Leistungsverweigerungsrecht (Einrede) geredet werden kann. Vgl. auch die analoge Situation in § 14 Note 11, § 15 Note 3.

21) Die Bedeutung der Bestätigung und der Versäumung der Anfechtungsfrist kann von der unten bekämpften Ansicht aus nicht erklärt werden.

22) Darin liegt der wesentliche Unterschied von der gemeinrechtlichen sog. heilbaren Nichtigkeit. Sie ist eine schwebende Nichtigkeit. Einstweilen fehlt die Wirkung; es ist in suspenso, ob diese eintreten wird. Enneccerus, BR. I § 109 Nr. II lehrt, dass das BGB. jene schwebende Nichtigkeit zu dem Begriff der Anfechtbarkeit entwickelt habe.

23) Im Gegensatz zu der gemeinrechtlichen Anfechtbarkeit (im Sinne der herrschenden Lehre).

24) Zutreffend hat schon v. Jakubezky, Bemerkungen S. 30 von einer „Wiedereinsetzung, welche der Belastete sich selbst gewähren kann", gesprochen. Ist die Anfechtung durch Klage geltend zu machen, so haben wir die Analogie in der römischen restitutio in integrum und damit eine sehr willkommene Anknüpfung an die uns bereits geläufigen Begriffe.

25) Ausführlich gerechtfertigt in Anspr. u. Klagr. § 58. A. M. sehr bestimmt Endemann, Lehrb. I § 75, aber auch Cosack, Lehrb. I § 53 II 1, c, Leonhard. Allg. Teil S. 443/5, Enneccerus, BR. § 110, Crome, System I S. 348. Die Anfechtbarkeit bedeutet allerdings einen Mangel des Geschäfts. Dieser besteht aber nicht darin, dass ihm die Wirkung fehlt, sondern darin, dass sie ihm genommen werden kann. Die Anfechtbarkeit ist nicht eine Ungültigkeit von minderer Stärke. sondern eine Mangelhaftigkeit des wirksamen Geschäfts, kraft deren die Nichtigkeit (die endgültige Unwirksamkeit) nachträglich herbeigeführt werden kann. Die Beschränkung der Anfechtung auf bestimmte Personen bedeutet nicht, dass nur diese die Unwirksamkeit rügen, hervorkehren, feststellen können, sondern, dass nur sie dem Geschäft die Wirkung nehmen können. Ist dies geschehen, so kann jedermann die Nichtigkeit rügen, es sei denn, dass sie nur eine relative ist (so bei der Gläubigeranfechtung, vgl. Hellwig, Zeitschr. f. C. 26 S. 478/9, zustimmend Crome I S. 354). —

Der Grund, weshalb man dies so vielfach in Abrede stellt, ist die rückwirkende Kraft der Anfechtung. Aber der § 142 I BGB. sagt nicht, dass das Geschäft von Anfang nichtig war, sondern er befiehlt in der Form der Fiktion, es so zu behandeln, als sei es von Anfang nichtig gewesen. Wenn man meint, bei Annahme der vernichtenden Wirkung der Anfechtungserklärung sei es unerklärlich, dass das angefochtene Geschäft als nichtig von Anfang zu gelten habe,[26]) so könnte man in derselben Weise deduzieren: die Genehmigung eines unwirksamen Geschäfts sei die Enthüllung der Wahrheit, dass es von Anfang gültig war. Gerade aus der Fiktion[27]) des § 142 I und noch mehr aus der Vorschrift des § 142 II geht schlagend hervor, dass der Zustand des Geschäfts, der infolge der Anfechtbarkeit eintritt, und die von Anfang an vorhandene Nichtigkeit keineswegs identisch sind.

Wie ein schwebend unwirksames Geschäft durch die Genehmigung „wirksam wird" (§ 185 II) und diese „auf den Zeitpunkt des Rechtsgeschäfts zurückwirkt" (§ 184 I), so gilt hier umgekehrt das Entsprechende von dem schwebend wirksamen Geschäft, und es ist eine Zufälligkeit, wenn dort der fiktionsweise Ausdruck vermieden, im Falle der Anfechtung aber gewählt ist.

b) Hiernach erscheint es mir sicher, dass die Anfechtung einer Rechtsnachfolge einen Rückfall an den Anfechtenden bedeutet. Er hatte sein Recht dem Anfechtungsgegner übertragen; dieser[28]) war bis zur Anfechtung der Berechtigte; durch die Anfechtung lässt das Gesetz das Recht wieder auf den Anfechtenden übergehen.[29]) Der Rückerwerber ist demnach Rechtsnachfolger des Zwischenberechtigten — ein Resultat, welches überraschend erscheinen mag, aber von der hier verteidigten Ansicht über die Natur des anfechtbaren Geschäfts gar nicht abzulehnen ist.

Der Rückfall bedeutet hier geradeso eine Rechtsnachfolge, wie im Falle der auflösenden Bedingung. Ein für unsere Erörterungen irrele-

---

Gegen die bekämpfte Lehre auch Bruck, Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte (1900) S. 28 f.

26) So Endemann, Lehrb. I § 75 I, b.

27) Die Fiktion ist die Gleichstellung zweier verschiedener Thatbestände in Ansehung der Rechtsfolge. Sie macht jene Thatbestände nicht gleich. Sie macht die Wahrheit nicht zur Unwahrheit. (Besonders bezeichnend §§ 84, 1923 II BGB., Art. 86 EG., § 333 CPO.)

28) Oder seine Rechtsnachfolger.

29) Vorausgesetzt, dass nicht durch die Verfügung des Anfechtungsgegners ein Dritter einen unangreifbaren Erwerb gemacht hat.



vanter Unterschied liegt darin, dass bei rechtsgeschäftlichen Resolutivbedingungen der Grund für den Eintritt der Rechtsnachfolge durch den Parteiwillen gelegt ist,[30]) hier aber ex lege eintritt; eine sehr wesentliche Differenz aber liegt darin, dass die Anfechtung den Rückfall mit rückwirkender Kraft herbeiführt. Diese Vorschrift bewirkt aber nicht, dass eine Rechtsnachfolge fehlt, sondern sie befiehlt uns nur, trotzdem die Rechtslage so zu beurteilen, als hätte von Anfang an das Geschäft keine Rechtsübertragung zur Folge gehabt. Dann können natürlich auch daraus, dass der Rückfall in Wirklichkeit ein Rückerwerb ist, keine Konsequenzen gezogen werden.[31])

Diese Vorschrift ist aber nur für das bürgerliche Recht gegeben und nach dem mehrfach betonten prinzipiellen Gesichtspunkt[32]) darf uns die civilistische Rückwirkungsbestimmung nicht dazu verleiten, sie auf das prozessuale Gebiet zu übertragen. Für dieses bleibt es hier ebenso wie in dem oben S. 117 erörterten Falle[33]) dabei, dass der Anfechtende Rechtsnachfolger des Erwerbers ist und dass der Rückerwerb im Augenblick der vollzogenen Anfechtung[34]) eintritt. Danach bestimmt sich die Anwendbarkeit des § 325 CPO. Ist gegenüber dem Erwerber festgestellt, dass die in anfechtbarer Weise erworbene Forderung nicht besteht, dass dem veräusserten und zurückfallenden Grundstücke keine Grundgerechtigkeit zusteht, so steht die Rechtskraft dem Anfechtenden geradeso entgegen, wie sie ihm umgekehrt nützt, wenn der Erwerber in solchen Prozessen gesiegt hat.[35])

---

30) Vgl. oben § 15 bei Note 8.

31) Namentlich kann also der Abs. 1 des § 407 (412) BGB. nicht angewendet werden, obwohl de lege ferenda Dritte, die sich mit dem der Anfechtung ausgesetzten Berechtigten gutgläubig (§ 142 II) eingelassen haben, eines durchgreifenderen Schutzes bedürftig sind, als sie ihn nach dem Gesetz geniessen. Vgl. § 409. — Auf die erörterten Fragen geht die in Note 25 citierte Schrift von Bruck nicht ein, wie sie auch in anderen Beziehungen (vgl. z. B. die Erörterung in m. Verträgen § 45 und in Anspr. u. Klagr. S. 16/9) ein tieferes Eindringen in diejenigen speziellen Fragen vermissen lässt, über welche man nach dem Titel gerade besonders eingehende Erörterungen erwarten möchte.

32) Vgl. oben S. 108/9, 117/8.

33) Es darf darauf hingewiesen werden, dass, wer die Rechtskrafterstreckung in unserem Falle wegen der civilistischen Rückwirkung verneint, sie auch nicht annehmen kann, wenn der Genehmigende während der Schwebezeit einen Prozess begonnen hat.

34) Im Falle des § 2342 also mit der Rechtskraft des den Erbschaftserwerb rescindierenden Urteils.

35) Hat der der Anfechtung ausgesetzte Cessionar die Verurteilung des Schuldners erzielt, so braucht der Cedent, der nunmehr wieder der Gläubiger ist, nicht nochmals

Nimmt man dies nicht an, so fehlt es während der Zeit der Anfechtbarkeit überhaupt an einer Partei, durch welche oder gegen welche ein Prozess über das den Gegenstand der anfechtbaren Verfügung bildende Recht mit der sicheren Aussicht auf definitive Austragung der Streitigkeit begonnen werden könnte, ein Resultat, welches völlig unannehmbar ist, weil es zu einer schweren Gefährdung der beteiligten Personen, namentlich aber der dritten Interessenten führen würde.

Unterstützend darf noch darauf hingewiesen werden, dass die Römer in solchen Fällen, in denen ein Rechtserwerb mit rückwirkender Kraft aufgehoben wird, kein Bedenken getragen haben, die Rechtskraft aus der Person des Zwischenberechtigten zu erstrecken.[36]) Und was den hier zur Erörterung stehenden Fall der Anfechtung anlangt, so darf auch vom gesetzgeberischen Standpunkte aus die Frage aufgeworfen werden, weshalb es bezüglich der Rechtskrafterstreckung einen so fundamentalen Unterschied begründen sollte, je nachdem das Gesetz selbst das Recht zurücküberträgt oder aber eine Zurückübertragung durch Rechtsgeschäft fordert.[37])

c) Zum Schluss darf auch hier [38]) darauf aufmerksam gemacht werden, dass die Rescission des Rechtserwerbs noch nicht den Besitz der Sache an den Anfechtenden zurücküberträgt. Eine kraft Gesetzes sich vollziehende Succession in das Besitzverhältnis kennt das BGB. nur, wenn der bisherige Besitzer gestorben ist. Der Tradent, der die Eigentums-

---

gegen den Schuldner zu klagen. Auch die Vollstreckbarkeit kommt dem Rückfallsberechtigten nach § 727 CPO. zu gute. — Wirkt das Urteil **für** den Anfechtenden, so muss es auch gegen ihn wirken. Die Unterscheidung zwischen günstigen und ungünstigen Urteilen ist zwar dem Reichsrecht nicht unbekannt (§§ 856, 326 CPO.), aber durchaus exzeptionell.

36) Vgl. unten 33 Note 2.

37) Vgl. oben S. 118. Im praktischen Rechtsleben wird sich sehr häufig die Anfechtung so vollziehen, dass der Betrogene (z. B. der Verkäufer) einfach Herausgabe der abgeschwindelten Sache verlangt und erzielt. Was war hier die Intention der Parteien? Nur Rückgabe des Besitzes oder Rückübertragung des Eigentums? Das wird sich vielfach gar nicht feststellen lassen! Oder: der anfechtungsberechtigte Cedent verlangt und erreicht die Ausstellung einer Abtretungsurkunde, in der ihm die Forderung (Hypothek) zurückcediert wird. Sollen wir hier sagen: durch die Geltendmachung des Anfechtungsgrundes ist die Forderung schon zurückgefallen; was die Parteien Cession nannten, war gar keine? Und wie, wenn es zweifelhaft ist, ob die Anfechtungsfrist noch lief, wenn aber der Deliktsanspruch auf Rückübertragung (oben Note 17) noch bestand? Den Laien werden die feinen juristischen Unterschiede dieser Situationen höchst selten zum Bewusstsein kommen!

38) Vgl. oben S. 114 bei Note 17.

übertragung angefochten hat, bedarf, um den Besitz wieder zu erlangen, der Besitzeseinräumung geradeso, wie derjenige, der die Auflassung des übergebenen Grundstücks angefochten hat. Durch die Erfüllung des Anspruchs auf Wiedereinräumung des Besitzes wird der Anfechtende also jedenfalls Besitzesrechtsnachfolger des Anfechtungsgegners.[39])

---

39) Das gilt auch, wenn der Erbschaftserwerb des Erben, welcher den Besitz bereits ergiffen hatte, angefochten ist. Wer durch die Anfechtung nun der Erbe wird, erlangt den Besitz erst durch die Herausgabe. — Das im Text Gesagte ist auch materiellrechtlich (wegen §§ 221 und 943 BGB.) von Bedeutung. Vgl. überhaupt unten § 36, 48/9.

II. Abschnitt.

Grund und Umfang der Rechtskrafterstreckung bei der post rem judicatam eingetretenen Rechtsnachfolge.

§ 17.

1. Grund der Erstreckung.

I. Dass dem Erben die Rechtskraft zu gute kommt und dass er an sie gebunden ist, wird allgemein als eine ganz selbstverständliche Folgerung aus dem Begriffe der Universalsuccession betrachtet.[1]) Sie würde es in der That sein, wenn die Erbfolge von vornherein als der Eintritt in die gesammte Rechtsstellung des Erblassers angeordnet wäre. Dies ist aber, wenn wir auf das moderne Recht sehen, keineswegs der Fall.

Das bürgerliche Recht ordnet nur die Nachfolge in die Vermögensrechte und in die auf ihm lastenden Verbindlichkeiten, und diese sind, wie später genauer nachzuweisen ist,[2]) lediglich die Verpflichtung zu einer vermögenswerten Leistung.[3])

Würde nun die Rechtskraftwirkung auf civilistischem Gebiete liegen, bestände sie also in einer Einwirkung auf die materiellen Rechtsverhältnisse derart, dass das Urteil einen selbständigen Grund für

1) Vgl. Savigny System 6 S. 469, Motive zu E. I BGB. Bd. 1 S. 377, Gaupp-Stein, Bem. II i. A. zu § 325.

2) Vgl. unten § 20 und § 45 Note 9.

3) Es kann deshalb Planck, Komm. I Vorbem. IV, 5a vor § 1 nicht zugegeben werden, dass aus den Vorschriften des Erbrechts sich die Gleichstellung der allgemeinen Rechtsnachfolger mit den Parteien ergebe.



die Entstehung bezw. Aufhebung des abgeurteilten Rechtsverhältnisses bilden würde, so müsste die Rechtskraft des Feststellungsurteils sich auf den Successor geradeso selbstverständlich erstrecken, wie es eine begriffliche Notwendigkeit ist, dass die Wirkung des konstitutiven Urteils gegenüber jedermann besteht. Von dieser Auffassung des Wesens der Rechtskraft aus[4]) wäre der gesetzliche Ausspruch, dass die Rechtskraft sich auf die nach der Urteilsfällung eingetretene Succession erstrecke, die überflüssige Hervorhebung eines Rechtssatzes, die wir geradesogut entbehren könnten, wie wir den in der That nirgends zu findenden prinzipiellen Ausspruch über die objektive Wirkung der Rechtsgestaltungsurteile entbehren müssen.

Anders liegt die Sache, wenn man der hier vertretenen Ansicht folgt. Die Rechtskraftwirkung stellt sich als eine rein prozessrechtliche Wirkung dar: als die Bindung des Richters an die getroffene Feststellung und als das Recht der Partei, sich gegenüber ihrem Prozessgegner auf diese Bindung zu berufen, wenn die Richtigkeit der Feststellung in Frage gezogen wird. Betrachtet man die Sache von diesem Standpunkte aus, so ergibt sich, dass die Frage, ob der Erbe in die Privatrechtsverhältnisse eintritt, von der Frage, ob ihn die Wirkung der Prozessführung des Erblassers berührt, völlig unabhängig und einer verschiedenen Entscheidung fähig ist. Dies zeigt sich ganz evident, wenn man daran denkt, dass die Rechtskraft sich keineswegs auf die Feststellung von

4) Von ihr geht auch Binder, Subj. Grenzen S. 14 aus, indem er die Frage stellt, ob die Gesamtnachfolge, wie den Übergang der Mehrzahl der Einreden, so auch den der exceptio rei judicatae begründe. (Vgl. auch S. 104 Note 116: „Was hat die materielle Rechtskraft mit . . dem Prozess zu thun?") Er betrachtet die Einrede der Rechtskraft „als eine Accession oder richtiger als eine Folge des unveränderlichen Zustandes, in dem sich das übertragene Recht befindet". Wenn er dann (S. 14) sagt: „Nicht die Einrede wird primär übertragen, sondern die res judicata", so scheint unter letzterer das materielle Rechtsverhältnis verstanden zu sein, während er auf S. 105 wieder von dem „Übergang der res judicata als solcher" spricht. — Bei Mendelssohn-Bartholdy ist eine prinzipielle Erörterung der fundamentalen Vorfrage, was unter dem „Recht" in seinem Satze „das Entschiedene ist kraft des Urteils Recht" (S. 303 4), zu vermissen. Ich habe aus seinem Werke keine Veranlassung gewonnen, die oben § 2 niedergelegte (bereits vor dem Erscheinen von M.s Buch gedruckte) Ansicht zu ändern. Auf S. 426 Note 1 bezeichnet Mendelssohn die Deduktion, mit der ich bereits in Anspr. u. Klagr. S. 210 Note 5 jene Auffassung ganz kurz zu begründen versucht habe, ohne weitere Begründung als nicht überzeugend. Aus diesen und ähnlichen Bemerkungen ist wohl zu schliessen, dass Mendelssohn an der herrschenden Auffassung, das Feststellungsurteil habe einen direkten Einfluss auf die Gestaltung der Privatrechtsverhältnisse, festhalten will.



Rechtsverhältnissen zwischen dem Erblasser und seinem Gegner bezieht, sondern dass auch solche Fälle in Betracht kommen, in denen dem Erblasser gegenüber das Eigentum des Gegners festgestellt wurde. Hier ist es klar, dass man aus der „Eigenschaft des rechtshängigen oder des rechtskräftig anerkannten Anspruchs als eines aktiv und passiv vererblichen“ [5]) die Erstreckung der Rechtskraft nicht erklären kann. Das wäre nur dann möglich, wenn die Auffassung richtig wäre, dass es einen Feststellungsanspruch gäbe, in dessen passive Seite der Erbe des Besiegten succedieren könnte.

Die Succession in die abgeurteilte Streitsache und die Erstreckung der Rechtskraft auf die Rechtsnachfolger sind zwei ganz selbständige Prinzipien, die sich gegenseitig ergänzen.

II. Soweit die Rechtsstellung des Dritten von derjenigen der Prozesspartei abhängt, folgt daraus nur, dass er nicht mehr Rechte hat, als jene Partei sie hatte, und dass er denjenigen Belastungen unterliegt, denen der Vorgänger zur Zeit der Succession unterlag. Aber dass es dem Dritten, soweit er als Rechtsnachfolger in Betracht kommt, verwehrt ist, die Frage, wie der Rechtszustand des Vorgängers zur Zeit der Rechtsnachfolge war, nochmals aufzuwerfen — dieses absolute Gebundensein an die inter alias personas zu stande gekommene Entscheidung folgt von selbst aus dem civilistischen Abhängigkeitsverhältnis weder bei der Singular- noch bei der Universalfolge; [6]) es ist, wenn die Succession nach dem Urteilserlass stattgefunden hat, ebensowenig etwas ganz Selbstverständliches, wie die bisher streitige, von der CPO. ausser allen Zweifel gestellte Ausdehnung der Rechtskraft auf die während des Prozessbeginns in das streitige Rechtsverhältnis eingetretenen Successoren. [6a])

---

5) So Geib in der Rezension der Binderschen Schrift in Krit. V. I. Schr. 39 S. 132.

6) Mit Recht wird dies bezüglich der Sondernachfolge in den Motiven zu dem Vorentwurf §§ 204,5 (S. 89) nachdrücklich hervorgehoben. Aber in Widerspruch hiermit steht es, wenn die Ausdehnung der Rechtskraft auf die Gesammtnachfolger als keine Ausnahme angesehen wird. Ein zweiter Widerspruch ist es, wenn a. a. O. einerseits die lediglich deklaratorische Natur des Urteils betont, anderseits aber der Satz ausgesprochen wird, die Urteilsfeststellung sei ein Moment, das zu dem Rechte hinzutrete und ihm gegebenen Falls ein neues Fundament verleihe.

6a) Diametral entgegengesetzt ist die Auffassung von Mendelssohn-Bartholdy. „Nicht in höherem Masse, als irgend ein Dritter, als jedermann, nimmt der Successor an der Rechtskraft teil“ (S. 510). Um Raum für seine Theorie von der absoluten subjektiven Rechtskraft zu gewinnen, lehrt er, dass man bei der Behandlung der Rechtskraftslehre auf dem Satze fussen könne: „Das im rechtskräftigen Urteil Entschiedene



Wohl aber rechtfertigt dieses civilistische Abhängigkeitsverhältnis vom gesetzgeberischen Standpunkt aus die in § 325 CPO. statuierte Ausdehnung der Rechtskraft auf die post rem judicatam eingetretenen Rechtsnachfolger und ist de lege lata als ihr Grund zu betrachten. Mit Recht bemerken die Motive zu dem Vorentwurf,[7]) dass die Ausdehnung eine Konzession an das unverkennbare Bedürfnis des praktischen Verkehrs ist und den Zweck hat, zu verhüten, dass die rechtskräftig entschiedene Frage dadurch nochmals zum Gegenstande des Prozesses gemacht werden könne, dass eine Partei das ihr wirklich oder angeblich zustehende Recht an einen Dritten veräussert.

Erst wenn man den civilrechtlichen Grundsatz, dass der Erbe das Vermögen so, wie es sich bei dem Erblasser gestaltet hat, übernimmt und mit dem Vermögen in die auf ihm ruhenden Lasten eintritt, einerseits und den prozessualen Grundsatz über die Rechtskrafterstreckung und über die mit ihr zusammenhängende Succession in das in der Entwicklung begriffene Prozessverhältnis anderseits zusammennimmt — erst dann kann man zur ungefähren Beschreibung des praktischen Endergebnisses den Satz aufstellen: der Erbe rückt in die gesamte Rechtsstellung (in universum jus) des Vorgängers ein.[8]) Nur muss man die

---

ist kraft des Urteils Recht"; den Zusatz „zwischen den Parteien" will er schlechthin eliminieren, sowohl wenn er erläuternd, als wenn er beschränkend gemeint sei (S. 304 f.). Er meint: jeder Zusatz zu jener Formel schaffe Kontroversen (S. 305). Aber das Gesetz enthält nun einmal diesen Zusatz. Würde der § 325 den Inhalt der Wirkung bestimmen, so könnte man darüber streiten, ob der Zusatz als eine überflüssige Hervorhebung von etwas Selbstverständlichem betrachtet werden könnte. Da der § aber nur sagt, dass es zwischen den Parteien (und den Successoren) wirkt, so liegt darin, wie bisher auch noch von keiner anderen Seite bezweifelt ist, ein genügend klarer Ausspruch der althergebrachten Regel, dass das Urteil nur zwischen den Parteien Rechtskraft schafft, und es war nicht nötig, das Wörtchen „nur" einzufügen. In der ersten Kommission (Prot. S. 433) wurde es der Prüfung bei der Redaktion vorbehalten, ob in dem dem § 192 des Entw. I entsprechenden § 205 das „nur" einzufügen sei. Dass die Bestimmung in allen Stadien der Beratung des Gesetzes so gemeint war, ist zweifellos. Bestimmte doch der vorhergehende § 204 des Vorentwurfs ebenso wie § 191 des Entw. I ausdrücklich darüber, wie das Urteil zwischen den Parteien wirke; daneben stand der § 205 bezw. der § 192, der danach lediglich den Zweck hatte, über die subjektiven Grenzen der Rechtskraft Bestimmung zu treffen. Dadurch, dass man den § 191 strich und somit es der Wissenschaft überliess, den Inhalt der Rechtskraftwirkung zu definieren, hat die andere, mit einigen für unsere Frage nebensächlichen Änderungen in das Gesetz übergegangene Bestimmung keine andere Bedeutung erhalten.

7) Zu §§ 204 5 des allgem. Teils. Bd. II S. 89.

8) Die Succession in Rechtsverhältnisse des Staats- und Verwaltungsrechts steht unter ihren eigenen Grundsätzen. Wenn man auch hier eine Erstreckung der Rechts-

Verschiedenheit der teils im Privatrecht, teils im (öffentlichen) Prozessrecht zu suchenden Grundlagen beachten und darf nicht vergessen, dass es zwar eine Nachfolge in die abgeurteilten Rechte und Schulden und eine Succession in das bestehende Prozessverhältnis gibt, aber keine Succession in die Rechtskraft. Diese erstreckt sich auf die Rechtsnachfolger und unter Umständen auch auf andere dritte Personen, aber diese Erweiterung der Unbestreitbarkeit der Urteilsfeststellung ist bezüglich der Rechtsnachfolger ebensowenig wie in den andern Fällen ein mit der Rechtsnachfolge identischer oder gleichgearteter Rechtsvorgang. [9])

Dass nach der dem Gesetze zu Grunde liegenden Auffassung das materiellrechtliche Abhängigkeitsverhältnis zwischen Autor und Successor das Motiv für die Rechtskrafterstreckung ist, wird schlagend dadurch erwiesen, dass die Rechtskraft den Dritten nur insoweit, als er qua Rechtsnachfolger der Partei in Betracht kommt, trifft [10])[11]) und dass die Erstreckung keineswegs jeden Rechtsnachfolger trifft, sondern davon abhängig ist, dass die Prozessführung zu einer Zeit stattfand, als der Bestand und der Inhalt des abgeurteilten Rechtsverhältnisses sich noch aus der Person des Prozessführers bestimmte. Dadurch, dass gegenüber dem Vorgänger ein Rechtsverhältnis rechtskräftig abgeurteilt ist, wird die Wirkung begründet, dass der Nachfolger, der materiellrechtlich das Rechtsverhältnis in der gegenwärtigen Gestalt überkommt, nicht bestreiten kann, dass es zu der für die Aburteilung massgebenden Zeit diejenige Gestalt hatte, welche in dem Urteil festgestellt ist.

III. Hat die Nachfolge vor der Aburteilung, aber nach dem Prozessbeginn stattgefunden, so reicht dieser Gesichtspunkt zur Erklärung der Rechtskrafterstreckung nicht aus. Hier ist noch der weitere Gesichtspunkt massgebend, dass die Prozessparteien das (prozessuale) Recht haben,

---

kraft mit Recht annimmt, so bewegt man sich in den Grenzen der zulässigen Analogieschlüsse aus dem Geiste der Gesammtrechtsordnung.

9) Anders Binder, Subj. Grenzen S. 61 f., der sogar von einem notwendigen Erwerb der Rechtskraft (durch das Hauskind für den pater familias und beim receptum nautarum) spricht.

10) Dies ist in § 18/9 näher zu erörtern. Über die sich aus diesem Gesichtspunkt bezüglich des Gesammtnachfolgers ergebende Begrenzung der Rechtskraft vgl. besonders § 20.

11) In übermässiger Ausgestaltung kommt jener Grund (das Abhängigkeitsverhältnis) zum Ausdruck in § 326 und § 242 CPO., indem dort der Rechtsnachfolger des Vorerben (der Nacherbe) nur insoweit der Rechtskrafterstreckung unterworfen wird, als der Vorgänger im Rechte auch die freie Verwaltung besass. Vgl. unten § 33.

dass auch das noch in der Entwicklung begriffene Prozessverhältnis in der Gestalt, welche es bis zum Eintritt der Rechtsnachfolge gewonnen hat, auch gegenüber dem Nachfolger massgebend bleiben soll. Über diesen von der Rechtsnachfolge nach gefällter Entscheidung wohl zu unterscheidenden Fall soll erst in den §§ 21—25 ausführlicher gesprochen werden.

§ 18.

2. Umfang der Erstreckung bei Singularnachfolge nach Eintritt der Rechtskraft.

I. Die CPO. § 325 sagt: das Urteil wirkt für und gegen die Rechtsnachfolger. Dass dieser Satz notwendig einer Ergänzung bedarf, ist handgreiflich bei der Singularnachfolge. Bei ihr ist es zweifellos, dass derjenige, der Rechtsnachfolger einer Prozesspartei ist, keineswegs an der Rechtskraft jedes dem Autor gegenüber ergangenen Urteils partizipiert. Ganz ebenso bedarf aber jener Grundsatz einer Einschränkung im Falle der Gesammtnachfolge.[1])

Der Untersuchung dieser Fragen ist eine allgemeine Bemerkung vorauszuschicken.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes sollte man annehmen, die Rechtskrafterstreckung sei in jedem Falle davon abhängig, dass die Rechtsnachfolge des Dritten wirklich eingetreten sei. Dies kann aber von dem Gesetz unmöglich gemeint sein. Zum Beweise genügt es, an den Fall zu denken, dass der Kläger mit seiner Darlehnsklage abgewiesen st und dass der Beklagte nun von einem Cessionar belangt wird. Beruft sich der Schuldner auf die Rechtskraft, so macht er gerade geltend, dass der jetzige Kläger nicht der Rechtsnachfolger in die Forderung sein könne, da deren Nichtbestehen rechtskräftig feststehe.

Schon aus diesem Beispiel geht die Notwendigkeit einer Unterscheidung hervor.[2]) Die Rechtskraftausdehnung auf einen „Rechtsnach-

1) Vgl. unten § 20.

2) Man könnte dies nur dann bestreiten, wenn es zulässig wäre, einen solchen Dritten, von dem behauptet wird, er sei Rechtsnachfolger, deshalb als wirklichen Rechtsnachfolger zu qualificieren. Aber dieser und der angebliche Rechtsnachfolger, der es in Wahrheit nicht ist, können doch im Ernste nicht als begrifflich gleichstehend behandelt werden.



folger" hat je nach dem Inhalt der Urteilsfeststellung eine verschiedene und geradezu einander entgegengesetzte Voraussetzung und Bedeutung.

II. In den einen Fällen wird geltend gemacht, dass der Dritte in das abgeurteilte Rechtsverhältnis eingetreten sei und dass ihn die Folgen der Feststellung des Rechtsverhältnisses deshalb treffen, weil dieses auf ihn übergegangen ist.[3]) Dies wird in dem Streite des Dritten mit der Prozesspartei[4]) geltend gemacht:

1. von dem Dritten selbst, wenn und soweit er ein Recht prätendiert, welches er aus dem Rechte der siegreichen Prozesspartei ableitet;[5])

2. von der Partei des früheren Prozesses, a) wenn sie gegenüber dem Dritten die Verpflichtung zu einer Leistung behauptet, deren Bestehen zu Lasten des früheren Prozessgegners festgestellt wurde und die den Dritten aus dem Grunde seiner Rechtsnachfolge treffen soll,[6]) ferner b) dann, wenn die frühere Prozesspartei dem Dritten gegenüber ein gegen ihren Gegner festgestelltes Recht behauptet, dessen Bestehen der Dritte deshalb anerkennen muss, weil es sich als eine Belastung oder Einschränkung des auf ihn übergegangenen Rechts des Prozessgegners darstellt und weil der Dritte das Recht nur so haben kann, wie es bei dem Prozessgegner (seinem Rechtsvorgänger) war.[7])

III. In dem unter II 1 bezeichneten Falle ist demnach das Urteil für

---

3) Über die andere Eventualität, dass der Dritte behauptet, Rechtsnachfolger zu sein, oder dass von ihm behauptet wird, er sei Rechtsnachfolger, während er es in Wirklichkeit nicht ist und diese Verneinung gerade aus der Rechtskraft des Urteils abgeleitet wird, vgl. unten § 19.

4) Oder ihren Rechtsnachfolgern. Zur Vereinfachung des Ausdrucks fassen wir im folgenden nur den im Text bezeichneten Fall in das Auge.

5) So z. B. wenn das Eigentum des Klägers festgestellt war und der Dritte von ihm die Auflassung oder die Tradition erhalten hat.

6) Es kann sich um einen persönlichen Anspruch handeln, der den Dritten als den Erben, als den Vermögensübernehmer trifft, oder um einen dinglichen Anspruch; im letzteren Fall wieder entweder um einen solchen, der auf den Dritten als den Nachfolger in das Eigentum übergeht (so z. B. bei der Reallast), oder um einen solchen, der gegen den Dritten deshalb begründet wird, weil er den Besitz einer Sache erhalten hat und durch die Nachfolge in diesen die Nachfolge in einen Anspruch (passiv) begründet wird (so z. B. in die Herausgabepflicht nach § 985 BGB). (Vgl. unten § 45—52.)

7) Beispiel: Gegen den Gegner als den Eigentümer des belasteten Grundstückes ist das Bestehen oder der Umfang einer Grundgerechtigkeit oder eine nachbarliche Eigentumsbeschränkung festgestellt; der Erwerber des Eigentums muss sie anerkennen. Gegen den Vermieter ist festgestellt, dass der Mietvertrag dem Mieter ein exzeptionelles Kündigungsrecht gewährt: der Nachfolger im Eigentum (sei er Gesammt- oder Singularnachfolger, vgl. unten § 47 Note 4) muss es anerkennen.

den Dritten selbstverständlich ohne jeden Nutzen, wenn er ein Recht prätendiert, dessen Existenz aus dem Bestehen des festgestellten Rechts nicht folgt [8]) und ebensowenig hilft ihm das inter alios ergangene Urteil, wenn er zwar ein aus dem festgestellten Rechte abgeleitetes Recht in Anspruch nimmt, aber den Successionsthatbestand nicht zu erweisen vermag. Steht dieser aber fest, so kann das Recht des Dritten unter keinen Umständen aus dem Grunde bestritten werden, dass das Mutterrecht nicht bestanden habe.

Dabei ist es möglich, dass der jetzige Prozessgegenstand mit der früher entschiedenen Rechtsbehauptung objektiv identisch ist, [9]) oder dass diese nur eine Vorfrage des jetzigen Prozessgegenstandes bildet. [10]) In dem letzteren Fall ist es sicher, dass die Rechtskraft z. B. den von dem Verpfänder im Eigentumsfeststellungsprozess besiegten Gegner verhindert, die Entstehung des Pfandrechts zu bestreiten. Aber es fragt sich, ob die Rechtskrafterstreckung die Bedeutung hat, dass der Besiegte dem Pfandgläubiger gegenüber schlechthin mit der Behauptung, Eigentümer zu sein, ausgeschlossen ist, ob er also z. B. nach Erlöschen des Pfandrechts nicht den Eigentumsanspruch auf Herausgabe des Pfandes erheben kann. [11]) Meines Erachtens ist diese Frage zu verneinen. Die Rechtskraft erstreckt sich nicht weiter, als die Succession. Denn der Grund der Erstreckung ist das Abhängigkeitsverhältnis zwischen Autor und Successor und soweit ein solches nicht in Frage steht, bleibt es bei der Regel, dass die Rechtskraft nur inter partes wirkt.

Die Bedeutung der Rechtskrafterstreckung wurde in den hier zur Erörterung stehenden Fällen dahin bestimmt, dass der Gegner dem Rechts-

---

8) Beispiel: K hat gegen B die Anerkennung seines hypothekarischen Anspruchs erstritten. Klagt nun F als der Cessionar des K aus der persönlichen Schuld, so nützt ihm die Anerkennung der Hypothek gegenüber dem den Darlehnsempfang bestreitenden Beklagten nicht mehr, wie dem ersten Kläger selbst. Die Rechtskraft cessiert, weil die Darlehnsforderung nicht Prozessgegenstand war.

9) So z. B. wenn der Dritte als Cessionar des siegreichen Gläubigers auftritt.

10) So z. B. wenn der als Eigentümer Anerkannte ein Pfandrecht bestellt, vermietet oder verpachtet hat.

11) Ein anderes Beispiel: A ist der Besitzer einer Sache und hat dem B gegenüber die Anerkennung seines Eigentums erstritten. Dann hat er die Sache an X vermietet. Dieser hat sie absichtlich zerstört. Nun verlangt B von X Schadensersatz. Steht ihm die Rechtskraft entgegen? Sicherlich, wenn X durch Zahlung des Schadensersatzes an den Kläger auch bezüglich der Schadensersatzforderung dessen Rechtsnachfolger geworden ist (vgl. 39, II). Aber wie ist es vorher, wenn weiter nichts als die Vermietung stattgefunden hat?



nachfolger das festgestellte Recht nicht aus dem Grunde bestreiten kann, dass der Vorgänger es nicht gehabt habe. Im übrigen ist der Gegner in seinem Vorbringen nicht beschränkt. So kann sich z. B. der im Eigentumsfeststellungsstreit Besiegte darauf berufen, dass der Nachfolger des Siegers über das für diesen festgestellte Recht zu Gunsten des Besiegten verfügt habe und dass dadurch, dass der Nachfolger das Eigentum erwarb, Konvalescenz dieser zunächst unwirksamen Verfügung eingetreten sei.[12]) Überhaupt sind alle Behauptungen des Besiegten zulässig, die dahin gehen, dass das für den Rechtsvorgänger des Dritten festgestellte Rech aus solchen Gründen erlassen sei, welche nach der letzten Thatsachenverhandlung (des ersten Prozesses) eintraten.

IV. In den Fällen unter II 2 (oben S. 131)[13]) ist die Anführungs- und Beweislast gegenüber den vorher besprochenen Fällen gerade umgekehrt. Will z. B. der Sieger des ersten Prozesses den Dritten als seinen Schuldner aus der gegenüber dem Verurteilten bejahten Verbindlichkeit in Anspruch nehmen, so hat er einmal deren Entstehung und sodann die Nachfolge des Dritten in die Haftung zu behaupten und zu beweisen. Erbringt er den Nachweis einer solchen Thatsache, welche den Eintritt in die Verbindlichkeit zu begründen geeignet ist, so bedeutet die Rechtskrafterstreckung, dass das Bestehen der Verbindlichkeit des Beklagten des ersten Prozesses (oder richtiger: ihr Bestandenhaben zur Zeit der letzten Thatsachenverhandlung) auch von dem Dritten nicht bestritten werden kann. Sonach steht dann weiterhin auch die Verbindlichkeit des Dritten als des Rechtsnachfolgers unter der Voraussetzung, dass ihm keine anderweiten Rechtsbehelfe zur Seite stehen, fest.[14])

---

12) BGB. § 185 II.

13) Sie allein kommen für die Vollstreckbarkeit gegen den Dritten (§§ 727, 731) in Betracht.

14) Das Gesetz eröffnet dem Sieger die Möglichkeit, auf Grund der Verurteilung des Rechtsvorgängers im Wege des § 727 CPO. eine vollstreckbare Ausfertigung gegen den Nachfolger zu erlangen. Aus dem im Text Gesagten erhellt, dass hierbei die Möglichkeit besteht, dass die Klausel erteilt wurde, obwohl zur Zeit der Erteilung die Verpflichtung nicht mehr besteht. Das Gesetz konnte diese Gefährdung des Nachfolgers ausser acht lassen, da es ja auch in dem Normalfall der Vollstreckung gegen den Verurteilten selbst in dem Augenblick der Klauselerteilung keineswegs feststeht, ob die anerkannte Schuld jetzt noch besteht. Der Nachfolger ist nicht schlechter gestellt als der Verurteilte: beide müssen wegen solcher nachträglich eingetretener Befreiungsgründe die Widerspruchsklage (§§ 767/8) erheben und zu tadeln ist nur das, dass das Gesetz nicht ebenso wie im Falle des § 717 CPO. bestimmt hat, dass der Gläubiger stets auf seine Gefahr vollstrecken lässt. — Hat der Gläubiger die Klage gemäss § 731

Soweit der Dritte nicht Rechtsnachfolger ist, nützt dem Sieger das früher ergangene Urteil nichts. Betraf dieses mehrere Prozessgegenstände, so ist die Ausdehnung der Rechtskraft des ganzen Urteilsinhalts davon abhänig, dass die Succession sich auf die sämmtlichen abgeurteilten Rechtsverhältnisse erstreckt. Ist beispielsweise gegen den Beklagten ein durch dessen Besitz bedingter Anspruch (etwa der Eigentumsanspruch auf Herausgabe) in Verbindung mit einer Darlehnsforderung geltend gemacht und gelangt die Sache post rem judicatam an einen Dritten, so ist die Beurteilung verschieden, je nachdem dieser auch für die persönlichen Verpflichtungen haftet. So wirkt gegen den Erben und gegen vertragsmässigen Vermögensübernehmer auch die Verurteilung aus dem Darlehen und aus der Prozesskostenpflicht. Ist aber der Erwerber lediglich ein Singularnachfolger in den Besitz, so succediert er nur in die hierdurch begründete Herausgabepflicht.[15]) Nicht anders aber als in dem eben besprochenen Fall liegt die Sache, wenn neben dem dinglichen Herausgabeanspruch Nebenforderungen (auf Schäden oder Nutzungen) geltend gemacht worden sind.[16])

In dem bisherigen § 236, III war bestimmt, dass die Entscheidung „in Ansehung der Sache selbst“ (im Gegensatz zu den Prozesskosten) gegen den Erwerber rechtskräftig (und vollstreckbar) werde. Mit Recht wurde in den Motiven[17]) unter Bezugnahme auf das eben erörterte Beispiel hervorgehoben, dass diese Fassung nicht ohne Bedenken sei. In der That: würde man sich an den Wortlaut des § 236 III halten, so hätte die Gefahr nahe gelegen, die Wirkung der Entscheidung über die Nebenforderungen auf den Erwerber der vindicierten Sache zu erstrecken. Diese Gefahr ist jetzt beseitigt.[18]) Denn der § 236 III ist gestrichen

CPO. erhoben, so wird rechtskräftig darüber entschieden, ob die festgestellte Schuld zur Zeit der letzten Thatsachenverhandlung zu Lasten des Nachfolgers noch besteht (nicht etwa über dessen Nachfolgereigenschaft). Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 172f.

15) Vgl. unten § 48.

16) Eine Häufung von mehreren Ansprüchen liegt deshalb nicht weniger vor, weil bei der Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit die Nebenforderungen nicht mitgewertet werden. Dies folgt schon aus der Vorschrift des § 14 N. 5 EG. zur CPO.

17) Zu § 192 des Entw. I BGB. Bd. I S. 380.

18) Beseitigt ist auch das Argument, welches man aus der Fassung des § 236 III („Sache selbst“) für die Ansicht entnommen hat, dass das Urteil, welches wegen Mangels einer Prozessvoraussetzung oder wegen Mangels einer prozessualen Klagvoraussetzung abweist, gegenüber dem Rechtsnachfolger keine Rechtskraft schaffen könne. Sind sie gegenüber der Partei rechtskraftfähig (Gaupp-Stein, Bem. IV zu § 322), so sind sie es auch gegenüber dem Rechtsnachfolger. Oder sollte es zweifelhaft sein können, dass

und in dem § 325 wird nunmehr in völlig zutreffender Fassung die Rechtskraft schlechthin, aber auch nur auf „die Rechtsnachfolger" erstreckt.[19])

Gelingt dem Gegner der Nachweis eines solchen Thatbestandes, welcher nach der Regel den Dritten als den Rechtsnachfolger der besiegten Prozesspartei erscheinen lässt, so kann der Dritte die gegen diese festgestellte Verpflichtung, Belastung oder Einschränkung nicht aus dem Grunde bestreiten, dass sie gegenüber dem Rechtsvorgänger nicht bestanden hätten.[20])

Aber alle anderen Einwendungen stehen ihm frei. Das folgt schon daraus, dass ja auch die Prozesspartei selbst nicht contra rem judicatam verstösst, wenn sie das für den Sieger festgestellte Recht mit solchen Einwendungen bekämpft, deren Grund nach der letzten Thatsachenverhandlung (CPO. § 767 II) entstanden ist. So kann z. B. der Nachfolger in eine rechtskräftig anerkannte Schuld mit jeder ihm selbst zustehenden Gegenforderung aufrechnen und es ist völlig gleichgültig, ob diese als eine fällige ihm (dem Dritten) bereits zur Zeit das gegen den Vorgänger geführten Prozesses zugestanden hat.[21]) Ferner kann der Erwerber der vindicierten Sache geradeso wie der Beklagte selbst das Weiterbestehen des festgestellten Eigentumsanspruchs aus dem Grunde bestreiten, dass er nach der letzten Thatsachenverhandlung untergegangen oder einredebehaftet geworden ist.

Von besonderem Interesse ist dieser Gesichtspunkt angesichts der Bestimmungen des modernen Rechts, nach denen Belastungen deshalb

---

dem Cessionar gegenüber nochmals die Frage, ob der verneinte Rechtsweg zulässig sei oder ob die cedierte Forderung ihren (verneinten) Erfüllungsort in dem Bezirke des Gerichts habe, ab ovo geprüft werden müsse?

19) A. M. allerdings Petersen-Anger, Bem. 11 zu § 265, die auffallenderweise meinen, die bisherige Beschränkung (in Ansehung der Sache selbst) sei gefallen und das Urteil wirke jetzt vielmehr in seinem ganzen Umfang (auch bezüglich der „nebenbei geltend gemachten Entschädigungsansprüche") gegenüber dem Rechtsnachfolger. Eine Inkonsequenz ist es, wenn Petersen-Anger die Kostenforderung anders behandeln wollen, als die Entschädigungsforderungen. Richtig die Denkschrift zur Novelle § 236 (keine sachliche Änderung) und Gaupp-Stein, Bem. II zu § 325, der zwar Petersen-Anger ohne weitere Bemerkung citiert, aber nach der von ihm am Schluss gemachten Einschränkung zu dem entgegengesetzten Resultate gelangen muss.

20) So kann z. B. der Übernehmer einer Schuld keine Einwendung nachbringen, die der Urschuldner hätte vorbringen können.

21) Denn es fehlte Aufrechnungsmöglichkeit wegen Verschiedenheit der in Betracht kommenden Forderungsbeteiligten. Könnte doch auch der verurteilte Schuldner selbst mit einer solchen nachträglich erworbenen Gegenforderung aufrechnen!



wegfallen, weil der Rechtsnachfolger sie bei seinem Erwerbe nicht gekannt hat.[22]) Doch soll die Bedeutung dieser Vorschriften erst später im Zusammenhang betrachtet werden.[23])

§ 19.

Fortsetzung. (Rechtsnachfolge nach Eintritt der Rechtskraft.)

I. Dass der Dritte in das abgeurteilte Rechtsverhältnis nicht eingetreten sei, wird auf Grund des § 325 CPO. geltend gemacht:

1) von dem Dritten selbst, wenn sein Gegner gegen ihn einen Anspruch (auf Leistung) behauptet, der gegenüber der früheren Prozesspartei verneint wurde und gegen den Dritten begründet sein würde, wenn und weil diese Partei zu der Leistung verpflichtet war, ferner dann wenn der Gegner eine Belastung oder die Einschränkung eines dem Dritten zustehenden Rechts prätendiert, die für den Dritten als den Rechtsnachfolger nur dann bestehen würde, falls sie der früheren (siegreichen) Prozesspartei gegenüber bestanden hätte.[1])

2) Dass der Dritte in das abgeurteilte Rechtsverhältnis nicht succediert sei, macht sein Prozessgegner mit Erfolg dann geltend, wenn der Dritte das verneinte Recht prätendiert und wenn es ihm nur dann zustehen würde, falls es der früheren Prozesspartei zugestanden hätte.

II. In den soeben unter 1) bezeichneten Fällen ist es der Dritte, der gegenüber dem unterlegenen Gegner des ersten Prozesses die Rechtskraft anruft, um aus der früheren Verneinung der von dem Gegner behaupteten Verpflichtung oder Belastung abzuleiten, dass sie auch ihm (dem Dritten) gegenüber nicht besteht. Die Voraussetzung dafür, dass die Rechtskraft des Urteils überhaupt in Betracht kommt, ist, dass der Dritte zu der Partei des früheren Prozesses in einer solchen Beziehung steht, welche geeignet wäre, die Succession in das abgeurteilte Rechtsverhältnis zu begründen. Hat der Dritte das Vermögen des früheren Beklagten überhaupt nicht übernommen, hat er die Sache, deren Besitz

22) Vgl. §§ 936, 892 BGB. Auch der § 932/5 gehört insofern in diesen Zusammenhang, als der Eigentumsanspruch von der Fortdauer des Eigentums abhängig ist und folglich untergeht, wenn das Eigentum des Siegers erlischt.

23) Vgl. unten 27/9.

1) Beispiele ergeben sich aus S. 124 Note 6, wenn wir annehmen, dass die dort angegebenen Prozesse den entgegengesetzten Ausgang gehabt hätten.



den behaupteten Anspruch begründen soll, nicht erlangt, ist ihm das Grundstück, auf welchem die Hypothek ruhen soll, nicht aufgelassen, so ist es bereits aus diesen Gründen evident, dass die gegen ihn erhobene Klage wegen Mangels der passiven Sachlegitimation abgewiesen werden muss.

Anders, wenn der Dritte zu dem Kläger sagt: „Allerdings bin ich der Erbe (oder: der Vermögensübernehmer, der Übernehmer der einzelnen Schuld) und ich würde dir haften, wenn mein Erblasser (oder: der angebliche Urschuldner) haftbar gewesen sein würde; aber da dir der Anspruch aberkannt ist, so steht damit auch mir gegenüber unbestreitbar fest, dass ich in diese Verpflichtung nicht eingetreten sein kann." [2])

Zweifellos sind diese Fälle mit der Norm des § 325 CPO. gemeint. Aber es ist klar, dass der Dritte die Rechtskraft geniesst nicht als der wirkliche Rechtsnachfolger in die streitige Verpflichtung oder Belastung. Von einer Succession kann man hier nur als von einer hypothetischen sprechen, als einer solchen, die bestehen würde, wenn das von dem Gegner im ersten Prozess ohne Erfolg behauptete Recht vorhanden wäre.[3]) Allerdings ist hier, wenn es sich um den Erben oder um den Erwerber der streitigen Sache handelt, auch eine wirkliche Nachfolge gegeben. Denn der Erbe succediert in das Vermögen, der Erwerber der einzelnen Sache mindestens in deren Besitz. Aber diese Succession ist nur der Grund, welcher seine Nachfolge in das abgeurteilte Rechtsverhältnis begründen würde,[4]) und sie hat deshalb in unserem Zusammenhang keine andere Bedeutung, als der Vermögensübernahmevertrag [5]) oder die Schuldübernahme der §§ 414/5 BGB. Namentlich dann, wenn die letztere vorliegt, tritt das charakteristische der hier betrachteten Situation scharf und deutlich hervor.

Auch hier darf betont werden, dass die Rechtskrafterstreckung nicht

---

2) Eine andere Frage ist die, ob nicht durch das dem angeblichen Gläubiger post rem judicatam gegebene Versprechen des Übernehmers eine Verpflichtung begründet wird, die unabhängig von dem Bestand der Urschuld ist.

3) Die Bedeutung des Gesagten tritt klar hervor, wenn wir annehmen, dass der Dritte dem Beklagten die Sache, deren Vindikation abgewiesen wurde, weggenommen hat. Auf die Verneinung des Eigentumsanspruchs kann sich der Spoliant nicht berufen, da die Herausgabepflicht des Vorbesitzers nicht auf ihn übergangen ist. Vgl. unten 49 f.

4) Vgl. unten § 45 (Erbfolge), § 49 (Eigentumsanspruch).

5) Der Übernehmer tritt mit dessen Abschluss in die Verpflichtungen ein, auch ehe er irgend einen Vermögensgegenstand übertragen erhalten hat, § 419 BGB.



unbedingt dazu führt, dass die gegen den sog. Rechtsnachfolger erhobene Klage abgewiesen werden muss. Der Kläger verstösst nicht contra rem judicatam, wenn er das früher verneinte Recht auf solche Thatsachen stützt, welche nach der letzten Thatsachenverhandlung des früheren Prozesses eingetreten sind. Wurde der Eigentumsanspruch gegen den Vorbesitzer abgewiesen, weil der Kläger nicht der Eigentümer sei, und stützt er ihn gegenüber dem Besitznachfolger darauf, dass in der Zwischenzeit das Eigentum zurückgefallen ist,[6]) so nützt dem Dritten das Urteil nichts. Wurde der Schuldübernahmevertrag in Kenntnis der rechtskräftigen Abweisung der Vorklage geschlossen, so kann zwar der Übernehmer als Successor in die Schuld unter keinen Umständen in Anspruch genommen werden; aber eine andere Frage ist, ob nicht in dem Vertrag ein Schuldanerkennungsversprechen liegt, welches einen selbständigen Verpflichtungsgrund darstellt[7]) und deshalb geeignet ist, die auf jenen Vertrag gestützte Behauptung der Verbindlichkeit zu stützen. — In allen solchen Fällen wird ein Anspruch geltend gemacht, über welchen nicht entschieden ist. Deshalb steht hier die Rechtskraft ebensowenig entgegen, wie dann, wenn der gegenüber dem ersten Gesammtschuldner abgewiesene Gläubiger gegen den zweiten Gesammtschuldner, der das Vermögen des ersten übernommen hat, ex persona secundi Klage erhebt.

III. In den oben (S. 136) unter 2) bezeichneten Fällen handelt es sich ebenfalls bloss um eine hypothetische Rechtsnachfolge, soweit das abgeurteilte Rechtsverhältnis in Frage steht. Die Voraussetzung dafür, dass die Rechtskraft überhaupt in Betracht kommt, ist hier, dass ein Thatbestand vorliegt, der den Dritten zum Rechtsnachfolger in das gegenüber der früheren Partei verneinte Recht gemacht haben würde, falls es dieser zugestanden hätte. Dabei begründet es für unsere Frage keinen Unterschied, ob es sich um einen Thatbestand handelt, der nur eine Succession in das einzelne streitige Recht begründet haben soll,[8]) oder um einen solchen Thatbestand, der neben anderen Rechten auch

---

6) So z. B. infolge des Eintritts der auflösenden Bedingung, unter welcher der Kläger das Eigentum übertragen hatte.

7) Dazu ist Beobachtung der in § 780 1 bestimmten Form erforderlich, während der Schuldübernahmevertrag keiner Form bedarf, dafür aber auch eine rechtsgültig bestehende Urschuld voraussetzt. (Vgl. über diese schwierigen Unterscheidungen m. Verträge S. 174 f.) Dabei ist daran zu erinnern, dass ein Verzicht auf die Berufung auf die Rechtskraft unwirksam ist.

8) So bei der Abtretung einer Forderung, bei der Übereignung einer einzelnen

das streitige Recht übertragen haben würde, falls es dem Besiegten zugestanden hätte.

Der Sieger, der die Feststellung des Bestehens seines Rechts erstritten hat,[9]) schneidet durch die Berufung auf die Rechtskraft dem Dritten die Möglichkeit ab, das Bestehen des jetzt von ihm behaupteten Rechts daraus abzuleiten, dass das in dem früheren Prozess verneinte Recht der besiegten Partei (dem angeblichen Rechtsvorgänger des Dritten) zugestanden habe. Ist gegenüber dem Beklagten des ersten Prozesses das Eigentum des Klägers festgestellt, so kann der Dritte unter keinen Umständen behaupten, dass er kraft des Eigentums des besiegten Beklagten von diesem das Eigentum oder ein jus in re aliena erhalten habe.

Weiter aber reicht die Wirkung der gegenüber dem Beklagten bewirkten Feststellung nicht. Die Erstreckung der Rechtskraft auf den Dritten kommt vielmehr nur insoweit in Frage, als der Dritte als Rechtsnachfolger eine Rechtsbehauptung aufstellt, welche mit der gegenüber dem Beklagten geschehenen Feststellung in Widerspruch stehen würde.

Beruft sich mein Gegner K zur Begründung seines Eigentums darauf, dass dieses gegenüber dem B festgestellt sei, so bin ich als Dritter im allgemeinen berechtigt, einfach zu erwidern: „Natürlich muss ich die Existenz dieses rechtskräftigen Urteils[10]) anerkennen, und ich bestreite auch in keiner Weise die Wirkung, die sich aus ihm für dich gegenüber dem B ergibt. Aber diese Wirkung besteht lediglich darin, dass dieser frühere Prozessgegner diese Behauptung, du seist der Eigentümer, nicht bestreiten kann.[11]) Kann er es nicht, so kann ich es doch darum nicht weniger, da das Urteil nur zwischen euch selbst Wirkung hat".

Sache (etwa durch Abtretung des (angeblichen) Eigentumsanspruchs gegen den Besitzer, § 934 BGB). — In solchen Fällen ist es ganz zweifellos, dass es sich nur um hypothetische Rechtsnachfolge handelt.

9) Bei Ansprüchen (auf Leistung) kommt in Betracht ein Urteil, welches entweder lediglich eine Feststellung enthält oder den Anspruch dadurch feststellt, dass es zu seiner Erfüllung verurteilt. Bei Rechten, deren Inhalt nicht eine Leistungsverpflichtung ist (also stets z. B. bei Eigentum, Erbrecht), kommt lediglich ein das Recht feststellendes Urteil in Frage. Bei dem Prozess über den Eigentumsanspruch ist das Bestehen des Eigentums Vorfrage, nicht die Prozessfrage.

10) Sie ist eine Thatsache, die, wenn sie wahr ist, nicht nur gegenüber einer Person (dem B) wahr sein kann.

11) Mehr sagt auch Planck, Komm. Bd. I S. 42 nicht. Lehrt man aber, dass der



In einer anderen Lage bin ich als Dritter, insoweit ich behaupte, der Rechtsnachfolger des Besiegten (B) geworden zu sein. Dann muss ich nicht nur anerkennen, dass B das Eigentum des Siegers nicht bestreiten kann, sondern ich selbst vermag es ebensowenig.

Nichts hindert mich aber auch in diesem Falle, entweder von einer Herleitung meines Rechts aus dem Rechte des Besiegten von vornherein Abstand zu nehmen,[12]) oder aber nachträglich zu sagen: „Gut, ich gestehe zu, dass mein Versuch, mich auf den B zu stützen, wegen des gegen ihn ergangenen Urteils keinen Erfolg haben kann. Aber ich habe andere Gründe, aus denen ich ableite, dass ich der Eigentümer bin". Nehmen wir etwa an, dass mir der Beklagte eine Sache geschenkt hat als deren Eigentümer der K anerkannt worden war. Hinterher habe ich entdeckt, dass diese Sache diejenige ist, die mir vor längerer Zeit gestohlen war. Der Kläger im ersten Prozess (K) hatte sie gutgläubig erworben und erstritt gegen meinen Schenkgeber, der sie gefunden hatte (B), die rechtskräftige Anerkennung seines Eigentums. Wenn jetzt K gegen mich mit der Eigentumsprätension auftritt, so hindert mich nichts, zu behaupten, dass ich bereits zur Zeit jenes Prozesses der Eigentümer war; nur auf die Schenkung kann ich mich nicht berufen, ohne mit der Berufung auf die Rechtskraft zurückgeschlagen zu werden.[13])

---

deklarierte Rechtszustand Recht ist (so Mendelssohn-Bartholdy S. 304 f.), so bekommt jener unbestreitbare Satz, dass die Urteilsexistenz von jedermann anzuerkennen ist, eine völlig andere Bedeutung. Müsste der Dritte anerkennen, dass der Sieger im Eigentumsstreit Eigentümer sei, so wäre die unausweichliche Konsequenz, dass er selbst nicht behaupten könnte, zu der Zeit, auf welche jene Feststellung sich bezieht, Eigentümer gewesen zu sein. (Denn: dominium plurium in solidum esse non potest.) — Völlig zu trennen von dieser Frage ist die andere: ob der Dritte behaupten kann, in der späteren Zeit Eigentümer geworden zu sein.

12) Man denke etwa an den Fall, dass der unter Anerkennung des klägerischen Eigentums zur Herausgabe verurteilte Finder mir die Sache gegeben hat, weil ich sie als Eigentümer forderte und er sich davon überzeugte, dass ich es in der That sei. Hier leite ich von ihm lediglich meinen jetzigen Besitz ab, nicht aber das Eigentum.

13) Wäre gegen B nicht nur die Eigentumsfeststellungsklage, sondern auch die Klage aus dem Eigentumsanspruch erhoben, so mag es dem K vielleicht gelingen, unter urkundlichem Nachweis, dass ich post rem judicatam den Besitz der Sache erhalten habe, eine vollstreckbare Ausfertigung gegen mich zu erlangen (§ 727 CPO.). Aber gegen diese Vollstreckungsmassregel würde mir die Widerspruchsklage nach § 767/8 CPO. zustehen. Würde er mit der Klage auf die sog. Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen mich vorgehen, so wäre ich in der Lage (und zur Vermeidung der Präklusion genötigt), einzuwenden, dass die Rechtskraft gegen mich nicht gerichtet ist, da ich Eigentümer sei. Sobald letzteres feststeht, würde auch erwiesen sein, dass das erste

Hätte ich allerdings selbst mit K prozessiert, so wäre jeglicher Grund, auf welchen ich die Behauptung meines Eigentums stützen würde, präkludiert, soweit er nicht in der Zeit nach der letzten Thatsachenverhandlung liegen würde. Aber in unserem Beispiel hat der Schenkgeber (B) prozessiert und die ihm gegenüber ergangene Feststellung, dass K der Eigentümer sei, wirkt gegen mich nur als die Negation, dass wegen des Eigentums des K der B nicht der Eigentümer sei. Soweit ich mich hierauf nicht stütze, berührt mich die Feststellung nicht.

IV. Ganz selbstverständlich ist es auch hier wieder, dass es dem Dritten ebenso wie dem Besiegten selbst gestattet ist, zu behaupten, dass das für den Sieger festgestellte Recht aus einem Grunde, der in der Zeit nach der letzten Thatsachenverhandlung des ersten Prozesses liegt, untergegangen ist. Wegen der Rechtskraft kann nur das unbestreitbar sein, dass der Sieger Eigentümer zur Zeit der letzten Thatsachenverhandlung des ersten Prozesses war. Dass er es jetzt noch ist, folgt daraus nur unter der Voraussetzung des Nichteintritts von rechtsverändernden Thatsachen. Die Behauptung, dass solche eingetreten seien, steht jedermann und so auch demjenigen zu, der die Sache von dem im Eigentumsstreit Besiegten erworben hat. Stützt er sich darauf, dass er die (dem Vindikanten durch Diebstahl abhanden gekommene) Sache ersessen habe,[14] so bleibt die Rechtskraft nicht etwa deshalb ausser Betracht, weil eine res inter alios acta vorliege, sondern es ist zu sagen: Auf Grund des Urteils steht fest, dass der Erwerber durch die Übereignung das Eigentum nicht erhalten hat, da es für ihn unbestreitbar ist, dass der Tradent nicht der Eigentümer war; aber trotzdem kann er die Behauptung, Eigentum durch Ersitzung erworben zu haben, aufstellen, da die Thatsache, auf die er sich stützt, post rem judicatam liegt und aus diesem Grunde die frühere Feststellung irrelevant ist.

Dieser Gesichtspunkt ist von der grössten Bedeutung für die richtige Beurteilung des Falles, dass der Dritte von dem im Eigentumsfeststellungsprozess Besiegten auf Grund guten Glaubens erworben hat. Die Situation ist ganz ebenso wie der zuletzt besprochene Fall zu beurteilen.

Urteil gegen mich nicht vollstreckbar sei. Denn aus meinem Eigentum folgt, dass K nicht den Eigentumsanspruch haben kann.

14) Andere Gründe: der Sieger hat das Eigentum infolge Eintritts einer auflösenden Bedingung, infolge Anfechtung verloren oder es selbst an den jetzigen Gegner übertragen.



In jenen Fällen stützt der Dritte den Eigentumserwerb darauf, dass er die dem Sieger gehörige Sache durch dessen Verfügung, durch Ersitzung, durch Rückfall u. s. w. erworben habe, hier aber darauf, dass der Besiegte kraft der ihm im Interesse des gutgläubigen Verkehrs verliehenen Verfügungsmacht über das Eigentum des Siegers disponieren konnte.[15])

V. Bestritten ist, ob die Erstreckung der Rechtskraft auf die Rechtsnachfolger nur für das Verhältnis zwischen dem Successor und dem Gegner seines Autors oder auch für das Verhältnis von Vorgänger und Nachfolger selbst Bedeutung hat.

Legt man dem Urteil die Bedeutung bei, dass das festgestellte Recht in ihm „zwar nicht seinen Entstehungsgrund im eigentlichen Sinn, aber doch einen unerschütterlichen Bestärkungsgrund habe, der denn auch einer selbständigen causa gleichgeachtet werden kann",[16]) so ist es allerdings schlechterdings unabweisbar, mit Wach [17]) anzunehmen, dass das Urteil auch zwischen Nachfolger und Autor Rechtskraft schafft.

Legt man aber der Feststellungswirkung lediglich eine prozessrechtliche Bedeutung bei, so ergibt sich ein anderes Resultat. Die Rechtskraft ist der Abschluss und das Ergebnis des Prozessverhältnisses, welches zwischen den Parteien bestanden hat, und verändert die materielle Rechtslage nicht.[18]) Sie trifft deshalb prinzipiell nur die Parteien, den Rechtsnachfolger aber nur wegen seines Abhängigkeitsverhältnisses vom Vorgänger. Dieses bedeutet, dass bei Vorhandensein des Successionsthatbestandes die Rechte, die seinem Autor zustehen, auf ihn übergehen, und wenn sie dem Vorgänger nicht zustehen, von diesem auf ihn nicht übergehen können. Was zwischen dem Vorgänger und seinem Gegner unbestreitbar festgestellt ist, dass muss der Gegner auch gegenüber dem Nachfolger anerkennen und ebenso kann er sich darauf berufen. Das entsprechende gilt von der Bejahung oder Verneinung von Verpflichtungen und Belastungen.

Der Nachfolger des Siegers soll davor bewahrt werden, mit dem Besiegten die entschiedene Frage nochmals zu erörtern. Der Successor des Besiegten soll nicht das Recht haben, die nochmalige Prüfung der zu

---

15) Vgl. näher unten 27/9.

16) So Wach, Gutachten S. 67.

17) A. a. O. S. 67/9. Ihm schliesst sich Mendelssohn-Bartholdy S. 355 an. Verneinend Fischer, dogm. Jahrb. 40 S. 174, 226.

18) Vgl. oben § 2.



Ungunsten seines Autors entschiedenen Frage zu verlangen. Insofern tritt er an die Stelle des Siegers auch in Beziehung auf die Wirkung der Prozessführung und kann von ihm gesagt werden: in locum victi successisse videtur.[19])

Was für und gegen den Vorgänger gilt, das gilt an seiner Stelle für und gegen den Nachfolger, nicht aber deshalb auch in dessen Verhältnis zu dem Vorgänger. Es ist dem Nachfolger nicht verwehrt, gegenüber dem Vorgänger zu leugnen, dass das für diesen festgestellte Recht mit Unrecht für ihn bejaht sei und dass das ihm aberkannte Recht ihm in Wirklichkeit zugestanden habe. Dies ist durch die Rechtskraft bei der post rem judicatam eingetretenen Rechtsnachfolge ebensowenig ausgeschlossen, wie in dem Falle, dass pendente lite die Veräusserung stattgefunden hat. Unterliegt der Veräusserer, so ist es dem Erwerber zwar verwehrt, gegenüber dem Sieger das Bestehen des Rechts zu behaupten; aber es ist ihm nicht verboten, den Veräusserer deshalb in Anspruch zu nehmen, weil das Recht bestanden habe und der Verlust des Prozesses durch die schlechte Prozessführung des Veräusserers verursacht sei.[20]) Erkennt man dies an,[21]) so ist damit auch zugegeben, dass der § 325 Abs. 1 CPO., der sich auf jede nach Beginn der Rechtshängigkeit bewirkte Veräusserung bezieht, das Verhältnis zwischen Vorgänger und Nachfolger nicht im Auge hat.[22])

Ein Beispiel mag zur Veranschaulichung dienen. Dem Eigentümer (E) ist eine Sache durch Diebstahl abhanden gekommen; durch Kauf gelangte sie an den B; eine von E gegen diesen angestellte Klage wurde abgewiesen[22a]) und auf die Widerklage des B wurde festgestellt, dass

---

19) l. 29 § 1 D. 44. 1.

20) In derselben Weise kann die Ehefrau den Ehemann, der über ihr Recht im eigenen Namen prozessiert hat, haftbar machen. Der von der Vertretung ausgeschlossene Handelsgesellschafter kann den Vertretungsberechtigten, der die Verurteilung der Gesellschaft durch seine Schuld herbeiführte, haftbar machen und es kann ihm nicht entgegengesetzt werden, durch das Urteil stehe ja fest, dass die Gesellschaftsschuld bestehe und mit Recht anerkannt sei. — In diesen beiden Fällen handelt es sich nicht um das Verhältnis von Autor und Successor. Hätte aber die Rechtskraft absolute Geltung (Mendelssohn-Bartholdy S. 509, 510), so würde die Rechtskraft den Regress ausschliessen.

21) So auch Wach bei Gruchot 30 S. 794 5, vgl. unten § 22/3.

22) Wach, Gutachten S. 67 meint, man trage in das Gesetz, welches ohne Unterscheidung zwischen Rechtsvorgänger und Gegner spreche, eine ihm fremde Unterscheidung hinein.

22a) Man nehme etwa an, dass der Kläger E die erforderlichen Beweismittel für



dieser der Eigentümer sei. Nunmehr veräusserte B die Sache an den X, welcher von dem Prozess und den in ihm erörterten Verhältnissen keine Kenntnis hatte, bald nachher aber die wahre Sachlage erfuhr.

Zweifellos ist X durch die Übertragung nicht der Eigentümer geworden [23]) und sobald er dies weiss, tritt seine Haftung gemäss § 990 BGB. ein. Freilich kann sie von E nicht geltend gemacht werden, solange das Urteil besteht. Aber vorhanden ist sie und sie wird praktisch, sobald das Urteil im Restitutionsverfahren (§ 580 CPO.) aufgehoben wird.[24])

Nach unserer Ansicht braucht der X nicht zu warten, bis E die Restitutionsklage erhoben hat. Er braucht das Risiko, welches er läuft, wenn er trotz der Kenntnis seines Nichteigentums über die Sache verfügt, nicht zu übernehmen.[25]) Vielmehr kann er, wenn er gemäss § 440 II BGB. verfährt, sofort Regress nehmen. Freilich muss er, wie stets (§ 442 BGB.), den Mangel im Rechte des Autors (B) beweisen, dieser Beweis kann ihm aber mit Rücksicht auf die res judicata nicht abgeschnitten werden.[26])

Richtig ist die Bemerkung von Wach (S. 68/9), dass der Nachfolger, dem ein aberkanntes Recht übertragen wurde, sich seinem Autor gegenüber sofort auf das rechtskräftige Urteil berufen kann, wenn er Regress nimmt; aber dies beruht auf der Wirkung, welche das Urteil im Verhältnis des Nachfolgers zum Gegner hat. Der Successor ist diesem gegenüber machtlos, wenn es wahr ist, dass er bei dem Versuch, das (in Wirklichkeit bestehende) Recht gegen den Sieger geltend zu machen, mit der Berufung auf die Rechtskraft zurückgeschlagen wird.

---

den Diebstahl nicht finden konnte, oder dass er infolge eines Meineides eines Zeugen oder des Gegners den Prozess verlor (§ 580 CPO.).

23) Dies zeigt sich sofort, wenn wir annehmen, dass X in die Lage kommt, sich gegenüber einem Dritten, der nicht der Rechtsnachfolger des E ist, auf sein Eigentum berufen zu müssen. Der Nachweis der Furtivität der Sache stellt fest, dass X auch durch gutgläubigen Kauf nicht Eigentümer werden konnte. — Bereits oben S. 15 wurde darauf hingewiesen, dass diejenigen, welche dem Urteil die Bedeutung eines neuen Entstehungsgrundes für das festgestellte Recht beilegen, bei den absoluten Rechten zu einem doppelten (relativen) Eigentum gelangen müssen.

24) Vgl. oben S. 15/6.

25) Noch grösser ist die Gefahr, welche er läuft, wenn er als Cessionar in der Kenntnis, dass der Beklagte mit Unrecht zur Zahlung an den Cedenten verurteilt ist, vollstrecken lässt, vgl. oben S. 16/7.

26) Vgl. auch oben S. 32/3.



VI. Dass das Urteil, welches gegenüber dem über das abgeleitete Recht prozessierenden Nachfolger ergeht, in seinem Verhältnis zum Vorgänger keine Rechtskraft schafft, ist zweifellos. Will der Nachfolger dem Autor gegenüber aus dem Urteil Nutzen ziehen, so hat er ihm den Streit zu verkünden. Die Wirkung, welche das ergehende Urteil unter dieser Voraussetzung hat (§ 74 CPO.), ist keine Rechtskraftwirkung [27]) — und jedenfalls durch die Streitverkündigung bedingt.

§ 20.

3. Umfang der Erstreckung gegenüber den Gesammtnachfolgern.

I. Für und gegen den Erben [1]) schafft keineswegs jedes gegenüber dem Erblasser ergangene Urteil Rechtskraft. Vielmehr ist dies nur insoweit der Fall, als für den Erben aktiv oder passiv solche Rechtsverhältnisse in Frage stehen, in die er entweder succediert ist oder succediert sein würde, wenn sie gegenüber dem Erblasser bestanden hätten. Anders ausgedrückt: die Rechtskraft cessiert gegenüber dem Erben, soweit dieser nicht als Successor in Betracht kommt. [1a])

Nehmen wir an, dass der Erblasser als Hauptschuldner zur Zahlung an den Gläubiger verurteilt ist und dass seine ihn beerbende Schwester sich bei dem Gläubiger verbürgt hatte. Als Erbin des Hauptschuldners kann sie die Urteilsfeststellung nicht in Frage stellen, als Bürgin aber wird sie durch die Verurteilung des Erblassers in ihrer Verteidigung in keiner Weise beschränkt. [2]) Das ist natürlich ganz selbstverständlich,

---

27) Vgl. oben S. 32.

1) Der Einfachheit des Ausdrucks halber wird von dem Erben exemplifikativ statt von dem Universalnachfolger gesprochen. Vgl. unten § 30/4.

1a) Eine Succession liegt auch vor, wenn der Erblasser eine Mobiliarersitzung oder Tabularersitzung begonnen hatte und diese von dem Erben fortgesetzt und beendigt wird. Zwar ist es richtig, dass das Eigentum, welches der Erbe erst erwirbt, nicht von dem Erblasser herrührt, aber die Rechtskraft, die gegen und für den Erblasser als den Inhaber des werdenden und bei dem Erben sich vollendenden Rechts erflossen ist, wirkt trotzdem für und gegen den Erben, soweit nicht das Recht, über welches geurteilt ist, durch die Vollendung der Ersitzung erlischt (§§ 945, 901).

2) Dass sie als Bürgin sich auf eine von dem Erblasser erstrittene Klagabweisung berufen kann, wurde oben bereits begründet (S. 30). Dieses günstige Urteil aber kommt ihr zu gute nicht als Rechtsnachfolgerin des Hauptschuldners, sondern ganz unabhängig davon. Schon bei Lebzeiten des Hauptschuldners kann sie sich darauf berufen; sie könnte es nach dem Erbfall auch dann, wenn sie die Erbschaft ausgeschlagen hätte.

dass sie die Entstehung der Bürgschaftsverpflichtung wegen Ungültigkeit des Bürgschaftsvertrags bestreiten und Einwendungen aus ihrer Person (z. B. eine Aufrechnungseinrede) machen kann. Aber sie kann auch geltend machen, dass die Hauptschuld nie entstanden oder bereits von dem Erblasser getilgt war; sie kann auch solche Einreden vorbringen, auf die er zwar verzichtet hatte, deren Aufgabe aber dem Bürgen nicht schadet.[3]) — Die Bedeutung dieser Sätze zeigt sich, wenn Nachlassverwaltung oder Nachlasskonkurs herbeigeführt ist: die Verurteilung des Erblassers wirkt nur bezüglich des Nachlasses; will der Gläubiger die Erbin bezüglich ihres übrigen Vermögens in Anspruch nehmen, so muss er sie aus der Bürgschaft belangen. — Ist die Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkbar geworden, so verliert die Unterscheidung der Haftung der Schwester in die Haftung als Erbin und als Bürgin ihre praktische Bedeutung. Denn in diesem Falle hat der Gläubiger in der Verurteilung des Erblassers einen Titel, welcher zwar an sich nur bezüglich des Nachlasses wirkt, indirekt aber und ex post facto auch das übrige Vermögen der Erbin zum Exekutionsgegenstand macht.

Entsprechend verhält es sich, wenn der Erblasser und seine Erbin Gesammtgläubiger waren und der Erblasser mit der Klage gegen den Schuldner abgewiesen ist. Klagt die Erbin, so steht ihr die Rechtskraft entgegen, wenn sie ex persona defuncti die diesem gegenüber verneinte Rechtsbehauptung wiederholt. Aber über ihren Anspruch ist nicht entschieden und sie kann ihn deshalb einklagen.[4])

Ist der Erblasser mit der Eigentumsprätension abgewiesen, so steht dem Erben, wenn er das Eigentum ex sua persona prätendiert, die Rechtskraft nicht entgegen,[5]) wenn auch der Grund, auf welchen er es stützt, bereits in der Zeit vor dem von dem Erblasser geführten Prozesse eingetreten sein sollte.[6]) Und umgekehrt kann der Erbe ex persona

3) BGB. § 768, II.

4) Die Situation wird besonders deutlich, wenn wir annehmen, dass Nachlasspflegschaft, Nachlassverwaltung oder Testamentsvollstreckerschaft bestehen. Den hier in Betracht kommenden Vertretern des Nachlasses steht die Rechtskraft entgegen. Der Erbe aber kann seine Forderung unbekümmert um die Rechtskraft und die Entziehung des Verwaltungsrechts, welche sich ja nur auf den Nachlass bezieht, einklagen.

5) Ebenso schon l. 10 D. 44, 1, l. 42 D. 40, 12.

6) Dass der Erbe alle Behauptungen vorbringen kann, welche sich auf Thatsachen stützen, die nach der letzten Thatsachenverhandlung eingetreten sind, versteht sich nach dem in § 767 II CPO. zum Ausdruck gelangenden Prinzip von selbst.



defuncti das Eigentum behaupten, wenn es ihm selbst vor dem Erbfall abgesprochen war. Nicht weiter als die Verneinung des Eigentums des Erblassers wirkt in dieser Hinsicht ein Urteil, welches das gegnerische Eigentum — oder ein sonstiges ausschliessliches Recht [7]) — anerkannt hat. Sonach kann der Erbe ex sua persona das Eigentum behaupten und damit das Recht des Gegners leugnen, wenn dieser gegen den Erblasser die Feststellung des Eigentums erstritten hat.

II. Sieht man genauer zu, so ergibt sich, dass in allen diesen Fällen die Rechtskraft schon wegen des Mangels der objektiven Identität (der Streitsache) cessieren muss. Es ist nur ein verschiedener Ausdruck für dieselbe Sache, je nachdem man sagt, dass objektiv eadem res vorliegen muss, oder ob man sagt, dass der Erbe an die Rechtskraft nur insoweit gebunden ist, als für ihn die abgeurteilten Rechtsverhältnisse kraft der Succession in Frage kommen. [8])

III. Hiermit harmoniert es auch, dass der Erbe anhängige Prozesse über solche Rechtsverhältnisse, in welche er nicht succediert, in der Hauptsache nicht aufzunehmen hat. Da das bisherige Subjekt des abzuurteilenden Rechtsverhältnisses und des Prozessverhältnisses weggefallen und ein neues an seine Stelle tretendes nicht vorhanden ist, so kann der Prozess nicht durch sachliche Entscheidung beendigt werden: er erlischt, oder in der Sprache des Gesetzes: der Rechtsstreit erledigt [9]) sich in

---

7) Beispiel: Zwischen dem Erblasser und dem Forderungsprätendenten A ist die Feststellung ergangen, dass dem A die Forderung gegen den S zusteht. Der Erbe kann sie trotzdem in Anspruch nehmen, wenn er behauptet, dass der ursprüngliche Gläubiger sie ihm früher, als dem A cediert hat. (Hatte der S an den Erblasser gezahlt, so steht dem Erben natürlich die Aufrechnung wegen der cond. indebiti entgegen, die der S gegen den Erblasser bezw. gegen seinen Nachfolger hat.) — Der Erblasser hatte seine Darlehnsforderung dem A cediert, klagte aber trotzdem gegen den Schuldner und wurde abgewiesen. Die Rechtskraft kann dem A, wenn er Erbe des Cedenten geworden ist, auf Grund des § 407 II BGB. (also nicht qua Rechtsnachfolger) entgegenstehen. Hatte der Schuldner aber bei dem Prozessbeginn Kenntnis von der Cession, so kann A ex sua persona klagen.

8) Hat die Mutter dem Vater gegenüber die Feststellung der Ehe erstritten, so kann der Sohn, der die Mutter beerbt, sich darauf berufen, aber nicht als Erbe der Mutter, sondern ebenso wie jeder Dritte.

9) CPO. §§ 628, 640 I. In einem anderen Sinn gebraucht CPO. § 160 II Nr. 1 diesen Ausdruck, wenn dort davon die Rede ist, dass Anerkenntnisse, Verzichtleistungen und Vergleiche den geltend gemachten Anspruch erledigen. Denn dass Anerkenntnis und Verzicht die Entscheidung über den „Anspruch“ nicht ausschliessen, den Prozess also nicht erledigen, sagen §§ 306/7 ausdrücklich. Ist ein Vergleich geschlossen, so ergeht

Ansehung der Hauptsache. Der tiefere Grund hierfür ist, dass das Prozesssubjekt, dem gegenüber die Entscheidung getroffen werden könnte, fehlt.[10]) Deshalb erlischt der Prozess bezüglich der Hauptsache geradeso, wie dann, wenn die Rolle des Klägers und Beklagten sich in einer Person vereinigen, und deshalb ist auch dasselbe Resultat überall da anzunehmen, wo entweder ein Rechtsverhältnis streitig ist, in welches der Erbe nicht succediert,[11]) oder wo das Prozesssubjekt zwar nicht stirbt, aber sonst fortfällt, ohne dass ein neues an seine Stelle tritt.[12])

Im ersteren Fall tritt eine charakteristische Modifikation des Gesagten ein, soweit es sich um die Prozesskostenpflicht handelt. Diese ist vermögensrechtlich und aktiv wie passiv vererblich, weshalb sich der Prozess mit dem Erben in dieser Beziehung fortsetzt.

---

eine Entscheidung zwar nicht, es tritt aber auch keine Rechtskraft ein, sondern nur die Vergleichswirkung.

10) Daneben kommt noch in Betracht, dass Rechtsverhältnisse, die erloschen sind, nicht noch aufgehoben werden können und dass, soweit es sich in § 628 und § 640 um Feststellungsklagen handelt, die sachliche Beendigung des Prozesses nach dem Tode des Subjekts des festzustellenden Rechtsverhältnisses nur zu der Feststellung über dessen Bestandenhaben führen würde, während CPO. § 256 nur die Feststellung über das (gegenwärtige) Bestehen zulässt. Aber diese Gründe sind nicht entscheidend dafür, dass der Rechtsstreit sich erledigt. (Übersehen in Anspr. u. Klagr. S. 473 bei Note 61.) Wird auf Feststellung einer Forderung oder des Eigentums geklagt und geht das festzustellende Recht unter, so wird die Klage als unbegründet zurückgewiesen, geradeso als wenn schon zur Zeit des Prozessbeginns das festzustellende Rechtsverhältnis nicht (mehr) bestanden hätte. Denn entscheidend ist die Zeit des Urteils.

11) Ein weiteres Beispiel — ausser den §§ 628, 640 CPO. (Note 9) — gewährt ein Prozess über das Namensrecht, und zwar zweifellos dann, wenn der Erbe ein extraneus ist, m. E. aber auch dann, wenn der Erbe denselben Namen, wie der Erblasser, zu führen hat. Denn die Kinder führen den Namen des Vaters nicht als seine Erben, sondern sie erhalten des Vaters Namen mit der Geburt. — Auch der Prozess, den der Niessbraucher mit dem Eigentümer über die Feststellung seines Niessbrauchs führt, erlischt bezüglich der Hauptsache mit dem Tod des Niessbrauchers, während die Ansprüche des Eigentümers wegen Verletzung der den Niessbrauch begleitenden Pflichten und der wegen Beeinträchtigung des Niessbrauchsrechts für den Niessbraucher entstandene Ersatzanspruch vererblich sind. Bezüglich derartiger Ansprüche ist die bereits gegenüber dem Erblasser ergangene Entscheidung über das Bestehen des Niessbrauchs für und gegen den Erben wirksam und insoweit der Prozess solche Ansprüche betrifft, hat der Erbe ihn fortzusetzen.

12) So im Prozess der offenen Handelsgesellschaft über eine Gesellschaftsschuld, falls nach Auflösung der Gesellschaft keine Liquidation stattfindet und wegen des Mangels von ungeteiltem Gesellschaftsvermögen der § 158 HGB. keine Anwendung findet (Anspr. u. Klagr. S. 290 Note 18), ferner im Feststellungsprozess über eine streitige Konkursforderung, falls der Konkurs anders, als durch Schlussverteilung endigt (Anspr. u. Klagr. S. 265 Note 34).



III. Abschnitt.

Die Rechtskrafterstreckung bei einer während des Prozesses eintretenden Rechtsnachfolge.

§ 21.

1. Einleitung.

I. Das Prinzip, dass sowohl der Gegner derjenigen Partei, bei der eine Rechtsnachfolge stattfindet, als auch diese Partei selbst und ihr Nachfolger ein Recht darauf haben, dass das noch in der Entwicklung begriffene Prozessverhältnis massgebend bleibt — dieses Prinzip realisiert das Gesetz auf zweifachem Wege.

1. In gewissen Successionsfällen lässt das Gesetz den Nachfolger in das Prozessverhältnis eintreten, so dass das Urteil auf seinen Namen gestellt wird. Solche Fälle beurteilen sich nach der in § 325 I CPO. enthaltenen Regel, dass das Urteil zwischen den Parteien Rechtskraft schafft und das materielle Abhängigkeitsverhältnis ist der Grund für die Succession in das schwebende Prozessverhältnis. In dieser Art behandelt das Gesetz

a) alle Fälle, in denen die bisherige Prozesspartei fortfällt und eine andere Person das streitige Rechtsverhältnis fortsetzt. [1]) Ausdrücklich angeordnet ist allerdings diese Gestaltung nur im Falle des Todes einer Partei (§ 239 CPO.); allein in den Fällen, in denen eine juristische Person derart endet, dass ihr Vermögen in dem einer anderen Person aufgeht, ist der § 239 analog anzuwenden. [2])

1) Hierüber wurde bereits in § 20, III. gesprochen.

2) So also bei dem Anfall des Vermögens eines Vereins, insbesondere bei der



b) Ferner succediert der Nacherbe in das Prozessverhältnis des Vorerben, mag der Nacherbfall infolge des Todes des Vorerben oder bei seinen Lebzeiten eintreten.[3]) Dasselbe ist anzunehmen, wenn während eines das Fideikommissvermögen betreffenden Prozesses die fideikommissarische Nachfolge eintritt.

Dies sind die einzigen Fälle, in denen die Rechtsnachfolge ohne weiteres eine prozessuale Succession mit sich bringt. Diese ist, wie die Nacherbfolge zeigt, keineswegs nur mit dem Wegfall des bisherigen Rechtssubjekts gegeben, anderseits aber auch nicht ein Charakteristikum der Universalnachfolge. Denn wie § 1454 BGB. zeigt, führt der Ehegatte den Prozess, der vor Eintritt der eine Gesammtnachfolge begründenden[4]) Gütergemeinschaft begonnen war, fort und auch im Falle der Veräusserung einer Erbschaftsquote[5]) ist dasselbe anzunehmen.

2. In allen anderen Fällen der während der Rechtshängigkeit eintretenden Rechtsnachfolge gilt zweifellos die Negative: sie führt niemals von selbst die Succession in das Prozessverhältnis herbei. Gleichwohl ist sie möglich, und zwar stets mit Zustimmung des Gegners, bei einem Prozess über sogenannte subjektivdingliche Rechtsverhältnisse an Grundstücken aber auch gegen seinen Willen und so, dass der Nachfolger auch von dem Gegner an die Stelle des Rechtsvorgängers gebracht werden kann.[6])

Fusion von Aktiengesellschaften (§ 30, I, 2), bei der Übernahme der selbständigen Vermögensmasse, welche das aufgegebene Grundstückseigentum darstellt (vgl. § 40, III). — Die sog. Auflösung der offenen Handelsgesellschaft beendigt diese nicht, vgl. Anspr. u. Klagr. S. 285 f., Gaupp-Stein, Bem. I. zu § 239 c. cit.

3) CPO. § 242. Über die Beschränkung der Succession vgl. § 33 und über die Frage, ob in den in § 242 nicht genannten Fällen eine Übernahme des Prozesses möglich ist, § 33, III, 3, 4.

4) Vgl. § 31.

5) BGB. § 2033, vgl. § 30, IV.

6) CPO. § 265 II Satz 2, § 266. Die in § 250 CPO. geregelte Aufnahmeerklärung ist Fortsetzung des Prozesses seitens desjenigen, der bereits Partei ist. In unseren Fällen aber hat der Nachfolger eine Prozesshandlung vorzunehmen, durch welche er erst Partei werden will, also ebenso wie der benannte Autor (§ 76) und der Pfändungspfandgläubiger, der sich als Streitgenosse anschliesst (§ 856 II). Deshalb ist die Analogie des § 250 CPO. bei der Frage, ob die Übernahme der Parteirolle (§ 266) auch durch Zustellung eines Schriftsatzes geschehen kann, nicht für die Bejahung entscheidend. (Anders Kohler, Z. f. C. 12 S. 131.) Im Näheren kann auf die streitige Frage nicht eingegangen werden. Vgl. Gaupp-Stein, Bem. II, 2 zu § 266.

Tritt die Succession in das Prozessverhältnis ein, so kommt eine Erstreckung der Rechtskraft auf den Nachfolger ebensowenig in Frage, als in den ersten Fällen. Denn es wird ihm selbst gegenüber darüber entschieden, ob zu der für die Urteilsfällung massgebenden Zeit dem Kläger das behauptete Recht zusteht, oder ob die Verpflichtung, welche als diejenige des Vorgängers behauptet war und in die der Nachfolger eingetreten sein soll, jetzt besteht.

In den Regelfällen aber unterbleibt die Succession in das Prozessverhältnis. Der Eintritt der materiellen Rechtsnachfolge wird zwar durch die Rechtshängigkeit in keiner Weise gehindert, aber das Gesetz verwirklicht das Prinzip, dass das Ergebnis der bisherigen Prozessführung gegenüber dem Nachfolger massgebend bleiben soll, auf dem Wege, dass es vorschreibt: „die Veräusserung hat auf den Prozess keinen Einfluss“.

II. Bevor die Frage, welche Bedeutung diese Bestimmung für die Rechtskraft besitzt, untersucht wird, ist der Umfang ihrer Anwendbarkeit näher zu bestimmen.

Der massgebende § 265 CPO. gibt seine Vorschriften nur für den Fall der Veräusserung durch die Partei und eine solche ist im Sinne des BGB. zweifellos nur die zu Gunsten eines Anderen getroffene rechtsgeschäftliche Verfügung.[7]) Dass die Veräusserung im Sinne des BGB. die Zwangsverfügungen und die kraft des Gesetzes eintretenden Rechtsänderungen nicht mit umfasst, ist ausser allem Zweifel. Denn vielfach werden die Veräusserungen und die „Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen“, einander gegenübergestellt.[8])

Unbekümmert um diesen Begriff der Veräusserung nimmt gleichwohl die allgemeine Meinung jetzt wie früher an, dass der § 265 sich auf jede Art von Rechtsnachfolge ohne Rücksicht auf ihren Grund beziehe.[9]) So einfach, wie man gewöhnlich meint, würde aber die Sache doch nur

7) In einem engeren Sinne ist Veräusserung nur die eigentliche Rechtsübertragung, vgl. z. B. § 314 BGB. („Veräusserung und Belastung“). Dass aber das BGB. den Begriff auch in dem weiteren Sinne gebraucht, zeigt § 135/6 BGB.

8) Vgl. z. B. § 135 I Satz 2, 161 II, 184, 353, 883, 2115. Bunsen, Zeitschr. 26 S. 303 Note 318 übersieht den singulären Charakter dieser Vorschriften, wenn er die Abtretung der Zwangsverfügung um so mehr gleichstellen zu können glaubt, als diese Gleichstellung auch in anderen Fällen stattfinde.

9) Vgl. Gaupp-Stein, Bem. III zu § 265, Petersen-Anger, Note 6 zu § 265 mit der älteren Litteratur und Judikatur.



dann liegen, wenn man annehmen dürfte, dass die CPO. den Begriff der Veräusserung und der Abtretung in einem ganz anderen, dem des BGB. direkt widersprechenden Sinn gebrauche. Dies kann jetzt umsoweniger angenommen werden, als die CPO. mit Rücksicht auf das neue materielle Recht revidiert ist[10]) und als sie, wie § 851 zeigt, sehr wohl zwischen Abtretbarkeit und Pfändbarkeit unterscheidet. Überdies gebraucht sie in § 265 den Ausdruck in Beziehung auf eine Änderung des materiellen Rechtszustandes.

Gleichwohl gebe ich meine früher[11]) verteidigte Auffassung auf und schliesse mich der herrschenden Meinung im Resultate an, indem ich annehme, dass der § 265 auf andere als rechtsgeschäftlich herbeigeführte Successionen analog anzuwenden ist. Die Notwendigkeit dieser Interpretation ergibt sich daraus, dass nach § 325 CPO. das gegen die Partei ergangene Urteil gegen Rechtsnachfolger jeder Art wirksam wird. Wenn man nun nicht annehmen darf, dass diejenigen Successoren, welche es nicht durch Rechtsgeschäft werden, ohne weiteres in das Prozessverhältnis eintreten,[12]) so würde man zu unlösbaren Widersprüchen gelangen. Denn wenn § 265 ausser Betracht bleiben müsste, so würde z. B. der Pfändungspfandgläubiger gegen den Drittschuldner Klage erheben können und doch würde das Urteil in dem ersten Prozess Rechtskraft gegen den Pfändungspfandgläubiger schaffen. Unterstützend können noch die §§ 1407 Nr. 1, 1454 BGB. angezogen werden, nach denen die Ehefrau legitimiert bleibt, den Prozess mit Wirkung gegen den Ehemann weiterzuführen.[13])

Bei dieser Auslegung fallen auch alle die Schwierigkeiten weg, welche sich sonst wegen des in § 265 CPO. verwendeten Begriffs der im Streit befangenen Sache mit Rücksicht auf die Fälle erheben, in denen es sich um einen persönlichen Anspruch handelt, welcher den

---

10) Mit Rücksicht auf den Sprachgebrauch des BGB. ist z. B. „Cession" durch „Abtretung" ersetzt.

11) Verpfändung und Pfändung von F. S. 78/9.

12) Diese Ansicht habe ich a. a. O. S. 79 vertreten. De lege ferenda halte ich sie immer noch für die richtige Lösung. Dem rechtsgeschäftlichen Erwerber kann man entgegenhalten: warum lässest du dich in ein Geschäft über ein streitiges Recht ein? Wer aber kraft Gesetzes oder infolge einer Pfändung ein streitiges Recht erwirbt, hat billigerweise einen Anspruch darauf, nicht den Folgen unlauterer Machinationen oder auch nur der Nachlässigkeit der Prozesspartei ausgesetzt zu werden.

13) Darüber, dass die Bestimmungen nicht als Ausnahmen zu betrachten sind, s. Anspr. u. Klagr. § 47 a. E., § 43 Note 15.

Eigentümer oder Besitzer oder Inhaber eines Vermögens als solchen treffen. Es braucht dann nicht der Versuch gemacht zu werden, eine Streitbefangenheit der Sache oder gar des ganzen Vermögens daraus zu deduzieren, dass eine derartige Verpflichtung Gegenstand des Prozesses ist.[14])

§ 22.

2. Bedeutung des § 265 CPO. bei Nachfolge in das streitige Recht.

I. Die Bedeutung des § 265 CPO. ist ausserordentlich streitig.

Nach einer vorzugsweise von Gaupp vertretenen und von Stein[1]) auch jetzt noch aufrecht erhaltenen Meinung soll die Veräusserung zwar im Verhältnis des Erwerbers zu dritten Personen ihre materiellrechtliche Wirkung äussern, im Verhältnis des Veräusserers zu dem Gegner aber unerheblich sein; der Veräusserer soll die Sachlegitimation behalten. Daraus würde sich die von Stein in der That gezogene Konsequenz ergeben, dass der Richter im Gegensatz zu der den modernen Civilprozess beherrschenden Regel[2]) nicht die zur Zeit der letzten Thatsachenverhandlung, sondern zur Zeit der Veräusserung bestehenden Verhältnisse seiner Entscheidung zu Grunde zu legen habe. Dies allein ist ein Resultat, welches handgreiflich die Unhaltbarkeit dieser Ansicht[3]) zeigt. Denn wenn jener frühere Zeitpunkt massgebend wäre, so würde sich auch die Feststellung des rechtskräftigen Urteils unmöglich auf die Zeit der letzten Thatsachenverhandlung beziehen können. Also ein Urteil, welches auf die Vergangenheit abstellt und die Gegenwart, auf welche es allein ankommen kann, nicht berücksichtigt![4])

---

14) Vgl. näher unten § 47 bei Note 12, § 48 a. E.

1) Bem. IV zu § 265 CPO. Dort und in RG. 40 Nr. 92 ist die Litteratur angeführt. Dazu noch Bunsen, Zeitschr. f. C. 26 S. 300f.

2) Diese selbst wird von Stein in Bem. III zu § 300 sehr zutreffend verteidigt. Ebenso Anspr. u. Klagr. S. 136f.

3) Übrigens führt sie Stein nicht einmal konsequent durch. Denn er lehrt, dass der Veräusserer in der Verfügung über das Recht nicht beschränkt werde, und es ist doch wohl anzunehmen, dass Stein dem Gegner nicht verwehren will, sich auf derartige, nach der Veräusserung eintretende Ereignisse zu berufen.

4) Die Schwierigkeiten und Verwirrungen, welche sich hieraus für die Vollstreckungsgegenklage (§ 767) ergeben würden, brauchen nicht ausgemalt zu werden.

Schon aus diesen Gründen schliesse ich mich der entgegengesetzten, zuerst von Eccius[5]) vertretenen und jetzt auch vom Reichsgericht[6]) acceptierten Ansicht an, insoweit sie annimmt, dass das Veräusserungsverbot des römischen Rechts wirklich ganz beseitigt ist. In materiellrechtlicher Beziehung bleibt es dabei, dass die zugelassene Veräusserung nach allen Seiten hin die ihr zukommende Wirkung hat und nicht etwa dem Gegner gegenüber nichtig, anderen Personen gegenüber aber gültig ist.[7])

II. Wenn das Gesetz (§ 265 III) bestimmt, dass der Gegner dem veräussernden Kläger[8]) nur in gewissen Fällen den Einwand entgegensetzen kann, er sei „zur Geltendmachung des Anspruchs nicht mehr befugt", so bedeutet dies von dem eben gekennzeichneten Standpunkte aus keinenfalls etwa das, dass der Kläger nur in jenen Fällen das streitige Recht verliere. Vielmehr enthält der Absatz 3 nur das gerade Gegenteil des in Absatz 2 Satz 1 Gesagten: in der Regel hat die Veräusserung auf den Prozess keinen Einfluss, hier aber hat sie ihn und dieser Einfluss besteht eben darin, dass der Kläger, da er nicht mehr Subjekt des eingeklagten Rechtes ist, auch nicht mehr über dasselbe prozessieren kann.[9])

Es dient zur Klarstellung der eigentümlichen Situation, wenn man bei der Veräusserung des eingeklagten Rechtes nicht nur an die Klage auf Verurteilung zu einer Leistung,[10]) sondern ebenso und in erster Linie an reine Feststellungsprozesse denkt. Bei diesen scheidet die Frage, ob der Kläger Verurteilung zur Leistung an ihn selbst oder an den Nachfolger begehren kann, aus und wir werden genötigt, die zu entscheidende Prozessfrage in reiner Gestalt zu stellen. Hat der im Grundbuch eingetragene Kläger auf Feststellung seines von dem Beklagten bestrittenen Eigentums geklagt und ist der Erwerber auf Grund der

5) Pr. Pr. R. I § 99 (S. 671 f.).

6) Entsch. 40 No. 92.

7) In diesem wichtigsten Punkte stimmt auch Wach bei Gruchot 30 S. 785 überein.

8) Dabei wird vorausgesetzt, dass der Berechtigte als der Kläger auftritt. Ist er — bei negativer Feststellungsklage — der Beklagte, so muss dasselbe gelten.

9) In der alten CPO. hiess es in dem dem § 265 III entsprechenden § 238 Satz 2: es kann „der Einwand der nunmehr mangelnden Sachlegitimation entgegengesetzt werden".

10) Ausschliesslich von diesen Fällen handeln die Aufsätze von Eccius und Wach a. a. O.



Auflassung als Eigentümer eingetragen,[11]) so kann, wenn anders die Auflassung rechtsgültig ist, der Kläger auf keinen Fall mehr die Behauptung aufstellen, dass er Eigentümer sei. Deshalb kann unmöglich die zu entscheidende Rechtsfrage hierauf gestellt werden,[12]) sondern nur darauf, ob das Eigentum dem im Grundbuch eingetragenen Erwerber zusteht. Würde von dem Richter verlangt, dass er trotz feststehender Auflassung das Eigentum des Klägers feststellen solle, so müsste er ein Urteil fällen, welches auf jeden Fall unrichtig wäre und sich mit dem Grundbuch in einen ganz eklatanten Widerspruch setzen würde. Nicht anders aber ist es, wenn festgestellt werden müsste, dass der Kläger trotz der Cession noch Inhaber des Gläubigerrechts sei.

III. Indem nun die CPO. bestimmt, dass die Veräusserung ohne Einfluss auf den Prozess ist, ordnet sie an, dass der nicht mehr berechtigte Veräusserer den Prozess über die eben bezeichnete Rechtsfrage, also über die Berechtigung seines Nachfolgers führt. Es ist das Verdienst von Kohler,[13]) diese eigentümliche prozessuale Situation, die er Prozessstandschaft nennt, in Verbindung mit ganz analogen Erscheinungen gesetzt zuhaben. Eine zur Klarstellung der Rechtslage sehr dienliche Parallele bietet nunmehr der § 1380 BGB.: der Ehemann „macht die zum eingebrachten Gute der Frau gehörigen Rechte gerichtlich geltend“. Er prozessiert nicht über sein Recht, sondern über fremdes Recht, er begehrt die Feststellung, dass die Frau Eigentümerin, Gläubigerin, Erbin u. s. w. ist.[14]) Alle Ereignisse, welche für diese Frage massgebend sind und bis zur Urteilsfällung eintreten, also namentlich auch alle Dispositionsakte, welche die Frau (wenn auch erst während des Prozesses) wirksam vorgenommen hat,[15]) kommen bei der Entscheidung in Betracht. Die eigenen Verfügungen aber, die der prozessführende Ehe-

11) Wir nehmen an, dass er in Kenntnis der Rechtshängigkeit erworben hat.

12) Noch weniger kann es die hypothetische Frage sein, ob der Auflassende der Eigentümer sein würde, wenn die Auflassung nicht stattgefunden hätte.

13) Vgl. namentlich den Aufsatz in der Z. f. C. 12 S. 100f.

14) Ich habe diese Auffassung, welche von der von Anderen, namentlich von Planck-Unzner vertretenen, abweicht, in Anspr. u. Klagr. S. 302f. näher zu begründen versucht. Auch der über ein zum Gesammtgut gehöriges Recht prozessierende Ehemann kann, wenn er richtig klagen will, seinen Antrag nur auf die Feststellung richten, dass er und die Frau die Berechtigten sind. Vgl. a. a. O. S. 333.

15) Dass die Wirksamkeit der Verfügungen der Frau der Zustimmung des Mannes bedarf, ist eine für unsere Vergleichung der Situation nicht in Betracht kommende Besonderheit des ehelichen Verhältnisses.



mann über das streitige Recht der Frau getroffen hat und während des Prozesses trifft, sind wegen § 1375 BGB. prinzipiell bedeutungslos und er würde z. B. die Feststellung der Forderung der Frau selbst dann erstreiten, wenn er — ohne deren Zustimmung — Zahlung erhalten [16]) oder Erlass gewährt haben würde. Anderseits ist es ebenso zweifellos, dass der Ehemann alle Prozesshandlungen, die überhaupt von einer Partei vorgenommen werden können, mit Wirksamkeit für diesen Prozess vornehmen kann.

Analog ist es diesen Beziehungen in unserem Falle. Der Veräusserer ist nach wie vor Prozesspartei, obwohl er nicht mehr der Berechtigte ist. Die Situation, die in dem eben besprochenen Falle von Beginn des Prozesses an vorliegt, tritt hier kraft Gesetzes nachträglich ein. In beiden Fällen handelt es sich um eine singuläre Rechtsgestaltung. Bezüglich des Ehemanns ist sie deshalb singulär, weil das Gesetz in Ansehung der Prozessführung mit dem ihm in § 1363 BGB. verliehenen Verwaltungsrecht Ernst macht, obwohl es materiellrechtlich durch den § 1375 BGB. zu einem leeren Schein herabgedrückt ist. [17]) Bezüglich des Veräusserers ist die Fortdauer seines Rechtes zur Prozessführung deshalb ein singulärer Prozessrechtssatz, weil er materiellrechtlich weder der Berechtigte ist, noch in irgend einer Weise das Recht [18])

16) Der Anspruch auf Rückzahlung des von ihm indebite Erhaltenen ist nicht geeignet, einen Einwand bei der allein zu entscheidenden Frage, ob die Frau berechtigt ist, zu begründen. Der Beklagte könnte mit diesem Anspruch nicht aufrechnen, sondern nur eine Widerklage gegen den Mann erheben. Eine solche ist sicherlich zulässig. Denn der Mann ist Partei und die Konnexität ist gegeben. Gegen die Frau kann der Beklagte keinerlei Widerklage erheben. Sie prozessiert nicht, der Mann vertritt sie nicht und er ist auch nicht legitimiert, über ihre Verpflichtungen zu prozessieren. Die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung macht den gegen den Mann gerichteten Anspruch geltend. Vgl. unten § 45.

17) Im Gegensatz zu der Gütergemeinschaft, bei der das Prozessführungsrecht als der natürliche Ausfluss des dem Ehemann wirklich zustehenden Verwaltungsrechts (§ 1443) erscheint. Vgl. oben § 8 B, II, 1.

18) Eine andere Frage ist die, ob er nicht mit Rücksicht auf den guten Glauben des Dritten die Verfügungsmacht über das fremde Recht hat. Dies ist bei allen cessiblen Rechten (BGB. § 412/3) in dem Umfang des § 407 BGB. der Fall. Und insoweit kann der Beklagte sich auch auf eine Zahlung, Stundung oder ein sonstiges (materielles) Rechtsgeschäft berufen, welches während des Prozesses mit dem nicht mehr Berechtigten Kläger geschlossen wurde. — Im Widerspruch mit der Anerkennung des vollen Rechtsübergangs, der durch die Veräusserung herbeigeführt wird, nehmen Wach a. a. O. S. 793 und Kohler a. a. O. S. 117 Note 23 an, dass der Beklagte sich durch Rechtsgeschäfte mit dem Cedenten befreien könne. M. E. steht die Sache nicht



zur Verfügung über das fremde Recht besitzt.[19]) Das Recht und die Pflicht zur Prozessführung werden ihm lediglich im Interesse des Gegners verliehen. Diesem sollen nicht nur die Ergebnisse der bisherigen Prozessführung gesichert werden, sondern er soll auch davor bewahrt bleiben, den Prozess mit einem Dritten weiterführen zu müssen.

Bei der Frage, ob man sagen darf, dass der Veräusserer auch die Sachlegitimation noch weiter besitze,[20]) kommt es darauf an, was man unter dieser versteht. Bezeichnet man mit diesem Ausdruck nur das Berechtigtsein in dem abzuurteilenden Rechtsverhältnis,[21]) so fehlt sie nach der hier vertretenen Auslegung des § 265. Aber vielfach wird auch derjenige, der kraft seines civilen Verwaltungsrechts zur Prozessführung über fremdes Rechts befugt ist, als zur Sache legitimiert bezeichnet, wie man umgekehrt dem Berechtigten, dem das Verwaltungsrecht und sonach auch das Recht zur Prozessführung fehlt, die Sachlegitimation abspricht. Gebraucht man den Ausdruck in diesem Sinne, so würde nichts im Wege stehen, dem Veräusserer die Sachlegitimation zuzuschreiben, wenn er eben ein civiles Verwaltungsrecht hätte.

Nun gibt es aber auch noch eine dritte Gruppe von Fällen, die das Gemeinsame haben, dass eine Partei, die nicht der Berechtigte und kein Verwaltungsberechtigter ist, mit Wirksamkeit gegen den Berechtigten prozessiert.[22]) Dazu gehört unser Fall. Er unterscheidet sich von den Fällen der in § 407 II BGB. bezeichneten Art dadurch, dass der pendente lite veräussernd Berechtigte das Recht hat, den Prozess fortzuführen,

---

anders, als in dem oben Note 16 erörterten Falle, und unsere Verneinung der Gültigkeit der materiellen Geschäfte des Cedenten wird nicht dadurch widerlegt, dass allerdings der sog. Klagverzicht wirksam ist. Vgl. unten bei Note 24 f.

19) Dies zeigt sich besonders deutlich, wenn etwa nach der trotz der Veräusserung noch vorgenommenen Verfügung die Klage angebrachtermassen abgewiesen oder zurückgenommen wird.

20) Verneinend Gaupp-Stein, Bem. IV Abs. 2 zu § 265, aber auch Wach a. a. O. S. 789, 793, obwohl er sagt, dass der Cedent den Prozess „an Stelle des eigentlich zur Sache legitimierten Successors" führt. Die Sachlegitimation im Sinne der materiellen Rechtszuständigkeit kann, wenn die Cession als gültig anerkannt wird, nur entweder dem Cedenten oder dem Cessionar zustehen.

21) Die gleiche Auffassung scheint dem § 238 a. F. zu Grunde zu liegen. Der Satz 2 erkennt m. E. an, dass infolge der Veräusserung die Sachlegitimation stets verloren geht, aber er gibt zu erkennen, dass aus diesem Verlust in den Regelfällen kein Einwand abgeleitet werden kann, um auf Grund desselben die Abweisung zu erzielen.

22) Vgl. oben § 8 B, II, 59. 60.



während der Kläger, welcher erst nach geschehener Abtretung gegen den Schuldner die Klage erhebt, jeden Augenblick durch den Einwand der mangelnden Berechtigung zurückgeschlagen werden kann. Nur mit Rücksicht auf den guten Glauben des Schuldners wird seiner Prozessführung Wirkung gegenüber dem Berechtigten beigelegt. Man kann also nur von einer Prozessführungsmacht, nicht mit von einem Prozessführungsrecht sprechen. — Will man in allen diesen Fällen die Wirksamkeit der Prozessführung (gegenüber dem Berechtigten) damit beschreiben, dass man diesem civilrechtlich in keiner Weise Berechtigten die Sachlegitimation zuschreibt, so lässt sich dies, da, soviel ich sehe, in dem jetzigen Reichsrecht der Begriff nirgends festgelegt ist, nicht als falsch bezeichnen. Inopportun ist die Verwendung des Begriffs jedenfalls, da man dann unter ihm sehr Verschiedenartiges versteht und die Gefahr sehr nahe liegt, dass die auf materiellrechtlicher Grundlage beruhende Befugnis zur Prozessführung und die durch besondere prozessuale Rechtssätze statuierte Macht zum Prozessieren über fremde Rechtsverhältnisse nicht gehörig auseinander gehalten werden.[23])

IV. Da der Veräusserer Partei bleibt, so ist er ebenso wie der Ehemann im Falle des § 1380 fähig, alle Prozesshandlungen vorzunehmen, die überhaupt von einer Partei vorgenommen werden können. Insbesondere ist kein Grund zu finden, der es hindern könnte, seinem Klageverzicht und seiner Klaganerkennung[24]) die volle Wirkung beizulegen. Denn der sog. Klageverzicht (§ 306) ist kein materielles Rechtsgeschäft, sondern das Gegenstück zu der Anerkennung des Klaganspruchs durch den Beklagten, d. h. nichts anderes als die Anerkennung, dass der Klaganspruch unbegründet ist. Dabei ist es gleichgültig, ob er zu diesem Bekenntnis durch die Überzeugung, dass das geltend gemachte Recht von vornherein nicht bestand, oder dadurch veranlasst wird, dass während des Prozesses ein Ereignis eingetreten ist, welches er — sei es mit Recht[25]) oder mit Unrecht[26]) — als einen Aufhebungsgrund betrachtete.[27])

---

23) Vgl. näher Anspr. u. Klagr. S. 128/9, 244 f.

24) Sie kommt in unserem Zusammenhang nur in Betracht als die Anerkennung der Begründetheit der negativen Feststellungsklage.

25) So z. B. wenn der Cessionar Zahlung erhalten hat.

26) So wenn er selbst ein Befreiungsgeschäft vorgenommen hat. Dass dieses materiell nicht geeignet ist, das Recht des Cessionars aufzuheben, wurde bereits oben Note 18 hervorgehoben. (Vgl. auch bei Note 16 bezüglich des Ehemanns.)

27) Die Unhaltbarkeit der entgegengesetzten Ansicht von Eccius I S. 676 ist von



Bezüglich des Prozessvergleichs kommt es darauf an, ob man ihn als reinen Prozessakt oder als ein materielles Rechtsgeschäft und zugleich eine Prozesshandlung betrachtet. Auch wenn man der letzteren Ansicht ist, so ist der Prozessvergleich jedenfalls von der Wirkung begleitet, dass er das Prozessverhältnis beendigt. Damit ist wohl vereinbar, dass der Erwerber an die materielle Disposition nicht gebunden ist.

V. Da der Veräusserer und nur er Partei ist, so folgt daraus, dass das Urteil auch nur auf seinen Namen gestellt werden kann. Auf seinen (nicht des Nachfolgers) Klagantrag hin wird geurteilt. Aber es wird darüber geurteilt, ob das streitige Recht des Nachfolgers begründet oder nicht begründet sei. Daraus folgt dann aber auch von selbst die Antwort auf die sehr bestrittene Frage, ob die Verurteilung die Leistung an den Kläger oder an den Nachfolger zu gebieten habe. Meines Erachtens hat in diesem Punkte Eccius (S. 675), dem Kohler (S. 107) beistimmt, recht. Die Verurteilung enthält implicite die Feststellung des Schuldverhältnisses und kann mit dieser nicht in Widerspruch stehen. Das würde sie aber thun, wenn sie auf Zahlung an den Kläger, der nicht mehr der Berechtigte ist, lauten würde.[28])

Die Verurteilung zur Leistung an einen Dritten ist eine im jetzigen Reichsrecht keineswegs nur bei den Verträgen auf Leistung an Dritte

---

Wach a. a. O. S. 7901 schlagend nachgewiesen. Übereinstimmend Kohler a. a. O. S. 117. Eccius wird zu seiner abweichenden Ansicht hauptsächlich dadurch geführt, dass er Klaganerkennung und Klagverzicht nicht als Prozesshandlungen betrachtet wissen will. Aber der Veräussernde ist nicht Vertreter des Cessionars, sondern er ist Partei, und dass diese sie vornehmen kann, steht ausser Zweifel. Die Ansicht von Eccius führt zu dem Resultat, dass der Kläger zwar die Thatsache der Befriedigung des Cessionars durch den Schuldner wirksam zugestehen, aber nicht seine Befreiung (anders ausgedrückt: den Wegfall des Klaganspruchs) anerkennen könnte und bei korrektem Verhalten es stets zu einem kontradiktorischen Urteile kommen lassen müsste.

28) Die Beweislast hat natürlich, wer aus der nachträglichen Veränderung des Rechtsverhältnisses einen Rechtsbehelf ableitet; also der Kläger, wenn er nun seinen Antrag auf Zahlung an den Nachfolger ändert, und der Beklagte, wenn er dem Kläger den Einwand entgegengesetzt, dass er nicht mehr selbst Zahlung verlangen könne. — Die Frage, ob die Verurteilung zur Zahlung an den Cessionar ergehen darf, wenn der Beklagte die entsprechende Einwendung macht und der Kläger seinen Antrag nicht ändert, ist bestritten. Verneinend Wach S. 789, bejahend Kohler S. 110. M. E. ist zu verneinen und alsdann die Klage abzuweisen. Es ist gerade so, als wenn der Ehemann im Falle des § 1380 BGB. auf Zahlung an ihn klagt. Die Bejahung verstösst gegen § 308 CPO. Das Urteil wäre Zuspruch von etwas anderem als beantragt ist, nicht etwa nur von weniger oder nur die Setzung einer Einschränkung.



vorkommende, sondern sehr häufige Erscheinung.[29]) Sie ist regulär die Folge davon, dass der Kläger eine Forderung auf Leistung an den Dritten hat. Eine solche fehlt allerdings in dem vorliegenden Falle. Aber auch zu ihm bietet das Reichsrecht eine Analogie in dem Falle, dass der Ehemann gemäss § 1380 BGB. aus einer Forderung der Frau auf Leistung an diese klagt. Er muss so klagen, weil es unmöglich richtig sein kann, dass dem Schuldner eine Leistung anbefohlen würde, die ihn nicht befreien kann. Bezüglich des vorliegenden Falles hat Eccius[30]) mit Recht darauf hingewiesen, wie wenig befriedigend es wäre, wenn der Schuldner die Verurteilung zur Zahlung an den Cedenten nicht abwenden könnte, es ihm aber überlassen bliebe, den Versuch des Klägers, die Leistung selbst beizutreiben, alsbald durch Vollstreckungsgegenklage abzuwehren.[31]) Aber nicht nur unbefriedigend wäre dieser Weg, sondern geradezu unmöglich. Denn diese Widerspruchsklage setzt voraus, dass der Grund der Einwendung, auf die sie gestützt wird, nach der letzten mündlichen Verhandlung entstanden ist, und das ist hier eben zweifellos nicht der Fall.[32])

Wird der Beklagte auf den Antrag des Cedenten zur Zahlung an den Cessionar verurteilt, so ist der Cedent der „Gläubiger" im Sinne des Vollstreckungsrechts und auf Grund dieses Titels ist nur er[33]) zur Betreibung der Exekution legitimiert und zwar nur nach Massgabe des Titels, also derart, dass der Gerichtsvollzieher den Erlös an den Cessionar abzuliefern hat.[34]) Für diesen selbst kann das Recht zur Betreibung der

29) Vgl. die Zusammenstellung in Anspr. u. Klagr. S. 349 Note 4.

30) S. 674 in Note 229 gegen Wach S. 787, 794.

31) Ist eine litigiöse Forderung gepfändet, so unterscheidet sich dieser Fall von der Abtretung dadurch, dass der klagende Gläubiger im letzteren Fall die Forderung völlig verloren hat, während er im Fall der Verpfändung und Pfändung nur solange, als die Forderung im Pfandnexus steht, die Leistung an ihn selbst nicht verlangen kann. Wenn er aber im Fall der Pfändung eine Einrede gewinnt, falls der Kläger den Antrag auf Zahlung an ihn selbst aufrecht erhält, so muss er solchem Antrag um so mehr widersprechen können, wenn der Kläger sein Recht verloren hat. Es ist deshalb eine arge Inkonsequenz, wenn Gaupp-Stein, 3. Aufl. Bem. IV zu § 730 (nach Note 32) im Falle der Pfändung dem Drittschuldner eine Einrede gewähren will, während er sonst jeden Einfluss der Veräusserung leugnet. Vgl. unten 24, II.

32) So mit Recht RG. 25 S. 428.

33) Übereinstimmend RG. 7 Nr. 100.

34) Die Zulässigkeit einer solchen Art der Vollstreckung ist bestritten. Ich habe mich in m. Verträgen S. 77 f. der bejahenden Ansicht angeschlossen. Dort die Litteratur, dazu noch Struckmann-Koch zu § 883 und (verneinend) Falkmann, Zwangsvollstr. 2. Aufl. S. 105.



Exekution nur nach Massgabe der §§ 727, 731 CPO. zur Entstehung gelangen, also erst dann, wenn das Urteil rechtskräftig geworden ist.[35])

VI. Bringt nun der Veräusserer das auf den Nachfolger übergegangene Recht zur Aburteilung und macht dieses Urteil nach § 325 I Rechtskraft gegen den Erwerber, so muss auch der allgemeine Grundsatz zur Anwendung gelangen, dass die Feststellung des Urteils sich auf die letzte Thatsachenverhandlung bezieht. Alles Vorbringen, welches in der früheren Zeit liegt, ist präkludiert, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es den Parteien bekannt war oder nicht.[36])

In Anwendung auf den Beklagten bedeutet dieser Satz, dass er nicht nur die Einwendungen, die er aus der Person des Veräusserers entnehmen kann,[37]) sondern auch alle diejenigen rechtzeitig vorbringen muss, die aus der Person des Nachfolgers hergeleitet werden können. Dazu gehört nicht nur die Einwendung, dass dieser gegen Zahlung oder sonstwie Befreiung gewährt hat, sondern auch die Einwendung, dass durch eine dem Cessionar gegenüber vollzogene Aufrechnung die Klagforderung untergegangen ist.[38])[39])

35) Übereinstimmend Eccius S. 676, während Kohler S. 117 dem Cessionar auch die Möglichkeit geben will, eine Ausfertigung des vorläufig vollstreckbaren Titels zu erlangen. Der § 727 CPO. schliesst dies jetzt bestimmt aus, vgl. Anspr. u. Klagr. S. 174 Note 40, übereinstimmend OLG. Jena in Zeitschr. f. C. 27 S. 345. Es ist zu beachten, dass § 236 III alt. F. gestrichen ist, und dass die allgemeinen Vorschriften der §§ 325, 727 CPO. massgebend sind. Die Erörterungen über § 236 III, soweit sie sich auf die Wendung „auch vollstreckbar" bezogen, sind jetzt gegenstandslos.

36) Natürlich unbeschadet der Restitutionsklage (§ 580). Vgl. darüber unten § 26.

37) Vgl. darüber oben noch Note 14.

38) Wach S. 793 bestreitet die Zulässigkeit der Kompensation mit Forderungen gegen den Cessionar. Er hat insofern zweifellos Recht, als damit gesagt wird, dass die Aufrechnungserklärung nicht an den Cedenten gerichtet werden könne. Wäre nun die Kompensation nur durch gerichtliche Einrede zu vollziehen, so wäre sie deshalb allerdings ausgeschlossen. Aber nach dem BGB. § 388 ist das Gegenteil jedenfalls zweifellos. Auch der Bürge kann geltend machen, dass der Hauptschuldner aufgerechnet hat; hieran hindert ihn § 770 II BGB. nicht. Aber ebenso wie die Verurteilung des Bürgen unter Verwerfung des Aufrechnungseinwands dem Hauptschuldner gegenüber das Nichtbestehen der kompensierten Gegenforderung nicht rechtskräftig verneint, so wird auch hier der verurteilte Schuldner nicht verhindert, durch Klage die inter alias personas verneinte Gegenforderung geltend zu machen. Denn der Veräusserer hat nur das Recht, über die von ihm abgeleitete Forderung zu prozessieren.

39) Ob der verurteilte Schuldner durch Widerspruchsklage (§ 767) geltend machen kann, dass er nachträglich mit einer Gegenforderung, die er während des Prozesses bereits zur Aufrechnung hätte verwenden können, kompensiert hat — diese bestrittene allgemeine, m. E. zu verneinende Frage kann hier nicht weiter verfolgt werden.

Ebenso schneidet die Rechtskraft jeden Versuch der klägerischen Seite ab, die Feststellung auf Grund von solchen Thatsachen in Zweifel zu ziehen, welche zur Zeit der letzten Thatsachenverhandlung eingetreten waren.

§ 23.

3. Bedeutung des § 265 CPO. (Fortsetzung: Grund und Umfang der Rechtskraftwirkung.)

I. Das Urteil, welches gegenüber dem Veräusserer ergeht, schafft nicht nur ihm gegenüber Rechtskraft, sondern ist auch für und gegen den Rechtsnachfolger wirksam. Dieser Rechtssatz war früher in § 236 III ausdrücklich ausgesprochen. Nunmehr ist er in der generellen Form des § 325 enthalten.

1) Wenn das Gesetz bestimmt, dass das Urteil gegen einen Dritten wirksam wird, der nach der Beendigung des Prozesses in das abgeurteilte Rechtsverhältnis (wirklich oder angeblich) eingetreten ist, so ist diese Erstreckung die prozessuale Begleiterscheinung der eingetretenen oder doch beabsichtigten materiellen Succession. Die gegenüber dem Vorgänger vorhandene Rechtskraftwirkung wird auf den Dritten ausgedehnt, wenn und weil zur Zeit der Veräusserung seine civilistische Stellung von der unbestreitbar festgestellten Rechtsposition des Vorgängers abhängig ist.[1])

Zwischen dem für die Rechtskraft massgebenden Zeitpunkt und der Succession liegt ein längerer oder kürzerer Zeitraum, und alle die in ihn fallenden Ereignisse können vorgebracht werden, ohne dass hierin ein Verstoss gegen die Rechtskraft liegt. Ist für den Kläger ein Recht festgestellt, und hat einige Wochen nachher eine Veräusserung stattgefunden, so kann der Successor niemals durch die Berufung auf die Rechtskraft die Behauptung, er habe jetzt das Recht, unbestreitbar machen. Unbestreitbar ist nur, dass der Veräusserer zur Zeit der letzten Thatsachenverhandlung das Recht gehabt hat.

Ist das Recht des Veräusserers verneint, ist die Klage auf gegenwärtige Leistung wegen Mangels der Fälligkeit, ist die Klage auf zukünftige Leistung wegen Mangels einer Klagvoraussetzung abgewiesen,

---

1) Vgl. oben § 17.

so steht die Rechtskraft nicht entgegen, wenn die Klage wiederholt und auf Thatsachen gestützt wird, welche in der Zeit zwischen der letzten Verhandlung und dem Eintritt[2]) des Veräusserungsgeschäfts oder nachher eingetreten sind.

2) Ganz anders ist die Situation in dem hier zur Betrachtung stehenden Fall.

Es handelt sich nicht um die nachträgliche Erstreckung der gegen den Einen ergangenen Entscheidung auf einen Anderen, sondern das massgebende Urteil entscheidet direkt über das Recht des Erwerbers und dieser geniesst und er erleidet unmittelbar die Wirkungen der Feststellung, die sich für ihn wie für die Partei (den Veräusserer) auf die der Succession nachfolgende Zeit der letzten Thatsachenverhandlung bezieht.

Die civilistische Stellung des Nachfolgers ist von der der veräussernden Partei lediglich abhängig mit Rücksicht auf die Zeit der Veräusserung. Materiellrechtlich kann die Stellung des Erwerbers nunmehr nicht mehr durch Verfügungen des Veräusserers beeinträchtigt werden.[3]) Der Grund der Rechtskrafterstreckung kann unmöglich in einem civilistischen Abhängigkeitsverhältnis gefunden werden, wenn es wahr ist, dass sie eintritt, obgleich der Erwerber zur Zeit der Urteilsfällung civilistisch von dem Veräusserer unabhängig ist.

Vielmehr ist die ausgedehnte Wirkung des Urteils nur die sekundäre Folgeerscheinung davon, dass der Veräusserer das Recht zur Prozessführung behält, obwohl er aufgehört hat, das Subjekt des streitigen Rechtsverhältnisses zu sein. Diese Wirkung, welche das inter alios noch bestehende Prozessverhältnis auf den Dritten hat,[4]) ist die primäre

2) Man denke an die Wirkung, welche die Veräusserung eines Nichtberechtigten auf den Berechtigten haben kann: sein Recht kann dadurch erlöschen, indem es auf den gutgläubigen Erwerber übergeht.

3) Vgl. oben § 22 bei Note 18.

4) Ihr Inhalt ist nach der negativen Seite hin, dass der Nachfolger sein Recht nicht durch Klage verfolgen kann. Der Gegner hat eine Prozesseinrede, die aber ebensowenig, wie in dem Fall des § 856 CPO. (oben § 11 Note 17) und im Fall des § 76 CPO. (oben § 10 Note 13) als die in §§ 264 und 274 CPO. normierte prozesshindernde Einrede der Rechtshängigkeit bezeichnet werden darf. Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 179. (Auch der Ehefrau steht eine solche Prozesseinrede entgegen, wenn sie während des Prozesses des Ehemanns (§ 1380) eine Klage (§ 1400 II) erhebt.) Es darf darauf aufmerksam gemacht werden, dass diese Wirkung des § 265 II CPO. schlechthin vorhanden ist, also auch dann, wenn die Klage des Veräusserers wegen Mangels einer Prozess- oder Klagvoraussetzung abgewiesen werden muss.



Folge der Succession in streitiges Recht und die Ausdehnung der Rechtskraft ist erst die Konsequenz davon, dass das Urteil das Endergebnis des Prozessverhältnisses darstellt und dieses für den Nachfolger massgebend ist.[5])

Bei der Rechtskrafterstreckung post rem judicatam handelt es sich um die Wirkung der Prozessführung des zur Sache Legitimierten,[6]) hier aber um Prozesse des Nichtberechtigten, deren Ergebnis derjenige anerkennen muss, der in Ermangelung unseres besonderen Prozessrechtssatzes selbst und allein die Aktivlegitimation haben würde.[7])

Ist sonach der Grund der Wirkung des Urteils auf den während des Prozesses und auf den nach seiner Beendigung eingetretenen Nachfolger ein völlig verschiedener, so ist es auch berechtigt und für die wissenschaftliche Betrachtung absolut erforderlich, diese beiden Fälle der Rechtskrafterstreckung scharf auseinander zu halten.[8]) Dies ist deshalb nicht weniger notwendig, weil die CPO. in ihrer jetzigen Gestalt die beiden ihrer Natur nach verschiedenen Ausnahmen in einem Satze zusammenfasst, in dem sie die Rechtskraft auf die nach der Rechtshängigkeit eingetretenen Nachfolger erstreckt.

II. Das Urteil schafft zwischen dem Beklagten und dem Nachfolger Rechtskraft geradeso wie zwischen den Parteien selbst. Der Erwerber kann also ebensowenig wie der Beklagte solche Thatsachen vorbringen, welche präkludiert sind. Das Urteil bindet so, wie es gefällt ist, nicht so, wie es hätte gefällt werden müssen, wenn es mit der wirklichen Rechtslage hätte übereinstimmen sollen.

1) Das alles bezieht sich nicht nur auf den objektiven Inhalt des abgeurteilten Rechtes, sondern auch auf seine subjektive Zuständigkeit. Der Beklagte hätte dem Kläger, welcher trotz der Veräusserung

---

5) Es ist eine ungeheuerliche Inkonsequenz, dass der Ehemann zur gerichtlichen Verfolgung der Rechte der Frau befugt ist und die Urteile trotzdem gegenüber der Frau prinzipiell keine Rechtskraft machen.

6) In dem oben S. 157 bezeichneten Sinne.

7) Dies erkennt auch Wach S. 792 an: der Cedent führt den Prozess „an Stelle des eigentlich zur Sache legitimierten Successor".

8) Schmidt, Änderungen S. 60 unterscheidet „Ausnahmen" (von dem Prinzip, dass die Rechtskraft sich auf die Parteien beschränkt) und die „naturgemäss sich ergebenden Einschränkungen" dieses Prinzips. Zu den letzteren zählt er die Ausdehnung der Rechtskraft im Falle der post rem judicatam geschehnen Nachfolge, zu den ersteren die Bestimmung über den Fall der Nachfolge pendente lite. Mit Unrecht erklärt sich Gaupp-Stein bei Note 9 zu § 325 gegen die Scheidung der Fälle. Der Fall des § 265 CPO. ist auf das nächste verwandt mit dem des § 407 II BGB. Vgl. Kap. IV.

noch die Feststellung seines Rechtes und Verurteilung zur Leistung an ihn selbst begehrte, den Einwand entgegensetzen können, dass er zu diesem Verlangen nicht mehr berechtigt sei. Hat er es nicht gethan, weil er es nicht wollte oder weil er von der Rechtsnachfolge keine Kenntnis hatte, so übt die Rechtskraft trotzdem ihre normale Wirkung: er sowenig wie der Erwerber können behaupten, der Veräusserer sei mit Unrecht als der Berechtigte in der Forderung anerkannt, das Urteil hätte einen anderen Inhalt erhalten müssen.

Hieraus folgt: hat der Kläger das auf Zahlung an ihn lautende Urteil exequiert, so kann der Erwerber nicht etwa nochmals Zahlung verlangen. Er kann es auch dann nicht, wenn der Beklagte noch während des Prozesses Kenntnis von der Veräusserung erhielt.[9]) Der Erwerber hätte eben dafür sorgen müssen, dass sein Autor die entsprechenden Änderungen des Klagantrags vornahm; und wenn dies versäumt wurde, so hätte er sich in den Besitz der ersten dem Kläger erteilten vollstreckbaren Ausfertigung setzen sollen, um ihm die Vollstreckung unmöglich zu machen und sich selbst eine vollstreckbare Ausfertigung zu verschaffen.[10]) Erst die Kenntnis ihrer Erlangung (die auch durch die Zustellung der umgestellten Klausel vermittelt werden kann) wirkt gegenüber der Vollstreckung das, was sonst die Kenntnis der Abtretung zur Folge hat.[11])

---

9) Die Situation ist also analog derjenigen, welche gemäss dem § 407 II BGB. eintritt, wenn der frühere Gläubiger erst nach der Abtretung den Prozess begonnen hat und der Schuldner beim Prozessbeginn von dem Rechtsübergang keine Kenntnis besass. Wie hier schlechthin das Urteil Rechtskraft gegen den Cessionar macht und es gleichgültig ist, ob der Schuldner während des Prozesses Kenntnis von der Abtretung erhielt, so auch dann, wenn die Cession erst während des Prozesses eintrat. Die Rechtskrafterstreckung findet schlechthin statt und deckt ihn gegen den Erwerber. Das Gesetz macht sie nicht davon abhängig, dass der Beklagte von der Abtretung keine Kenntnis erhielt. Der Unterschied zwischen beiden Fällen liegt darin, dass im Falle des § 407 BGB. dem Kläger der Einwand der mangelnden Aktivlegitimation jederzeit entgegengesetzt werden kann (unten Kap. IV), im Fall des § 265 CPO. aber regelmässig nicht.

10) Das Gesetz lässt dies durch die generelle Vorschrift des § 727 CPO. zu.

11) Noch weiter geht Kohler, Z. 12 S. 113, obwohl er lehrt, dass das auf Zahlung an den Cedenten lautende Urteil aufzufassen sei als ein Urteil zu Gunsten des Prozessführers „oder bezw. dessen, welcher während des Prozesses sein Successor geworden ist". Diese letztere Auffassung ist m. E. nicht haltbar und steht mit der ersteren in Widerspruch. Der Sinn des Urteils ist aus seinem Inhalte zu beurteilen und es ist nicht angängig, ihm mit Beziehung auf den Gläubiger einen ganz unbestimmten Sinn zu geben, wenn das Gläubigerrecht einer ganz bestimmten Person anerkannt ist. Darin liegt die Verneinung, dass ein anderer der Berechtigte ist.

2) Ebenso muss der Nachfolger das Urteil auch dann schlechthin gegen sich gelten lassen, wenn der objektive Inhalt der Entscheidung infolge der mangelhaften Prozessführung des Autors dem wirklichen Rechtszustand nicht entspricht, so namentlich auch dann, wenn infolge Klagverzichts die Klage abgewiesen wurde oder wenn das Urteil Einwendungen berücksichtigte, die aus der Person des Veräusserers entnommen waren und nicht hätten berücksichtigt werden dürfen, weil die sie begründenden Thatsachen in der Zeit nach der Veräusserung lagen.

In allen diesen Beziehungen ist die Rechtslage ebenso, wie nach § 407 II BGB., wenn der früher Berechtigte mit dem Schuldner einen Prozess begonnen hat, ohne bei Eintritt der Rechtshängigkeit von dem Rechtsübergang Kenntnis gehabt zu haben. Wegen des Schadens, der durch die mangelhafte Prozessführung des Vorgängers eingetreten ist, kann sich der Nachfolger an den Rechtsvorgänger halten, nicht aber an den Gegner, der durch die Rechtskraft gegen die Behauptung, der Prozess sei unrichtig entschieden, gestützt ist.[12]) Der Regress gegen den Veräusserer wird durch die Rechtskraft des Urteils nicht gehindert, da die Rechtskrafterstreckung sich nur auf das Verhältnis des Nachfolgers zum Gegner bezieht.[13]) Auch dann, wenn der Nachfolger sich als Nebenintervenient beteiligt hat oder wenn ihm der Streit verkündet ist, ist er nicht gehindert, grobfahrlässige, von ihm selbst nicht gutzumachende Prozessführung der Hauptpartei geltend zu machen.

III. Das Urteil schafft Rechtskraft gegen den Erwerber nur insoweit, als der Veräusserer das Recht zur Prozessführung über das ihm fremde Rechtsverhältnis hatte. Das ist

1) nur insoweit der Fall, als der fortgesetzte Prozess über das zur Zeit der Veräusserung anhängige Recht geführt wird. Darüber hinaus fehlt ihm die Berechtigung zur Prozessführung und die Rechtskraft trifft deshalb nur ihn, nicht den Erwerber.[14]) Eine

12) Übereinstimmend Wach, S. 794, während Bunsen, Zeitschrift f. C. 26 S. 301 2 dem Nachfolger des abgewiesenen Klägers, wenn er den Schuldner von neuem verklagt, gegen die „exceptio rei judicatae" die „replica doli" geben will, wenn die Parteien den Nachfolger absichtlich geschädigt haben. Solange das Urteil nicht im Wiederaufnahmeverfahren beseitigt ist (vgl. dazu unten § 26), steht es demjenigen, auf den die Rechtskraft erstreckt ist, unbedingt entgegen. Anders liegt die Sache in dem Falle § 11 bei Note 39.

13) Vgl. oben § 19, V.

14) Der Veräusserer ist eben in keinem Sinne der Vertreter des Nachfolgers.



Ausnahme kann hier insoweit stattfinden, als der § 407 II BGB. konkurrierend Platz greift, so z. B. wenn der Kläger, der die anhängige Zinsenforderung und das nicht eingeklagte Hauptgeld cedirte, nach der Abtretung die Klage auf das Hauptgeld erweitert hat und der Beklagte bei Eintritt der weiteren Rechtshängigkeit (CPO. § 281) von der Abtretung des Hauptgeldes keine Kenntnis hatte. Über die Zinsenforderung führt der Cedent den Prozess auf Grund des § 265 II CPO., über das Hauptgeld auf Grund des § 407 II BGB. mit Wirkung gegen den Cessionar weiter. Hatte aber der Beklagte bei Vornahme der Klagerweiterung Kenntnis von der Abtretung der Hauptgeldforderung, so berührt der Prozess über sie den Cessionar nicht. Dasselbe gilt, wenn etwa ein Gesammtgläubiger pendente lite seinen anhängigen Anspruch dem (nicht mitklagenden) Genossen abtritt. Er führt den Prozess mit Wirksamkeit gegen den Genossen nur insoweit, als es sich um die aus der Person des Klägers abgeleitete Forderung handelt. Soweit es sich um die Forderung handelt, welche dem Cessionar bereits zustand, wird er durch die Abweisung der Klage nicht berührt. Er kann sie ebenso unbekümmert um die Rechtskraft einklagen, wie er dies könnte, wenn der Gesammtgläubiger abgewiesen wäre und eine Cession nicht stattgefunden hätte.[15]) Dies würde auch dann gelten, wenn etwa der Veräusserer bei der Fortsetzung des Prozesses sich darauf zu stützen versucht hätte, dass der nunmehrige Alleingläubiger ex sua persona berechtigt sei, die Leistung zu verlangen.

2) Das bürgerliche Recht enthält Vorschriften, nach denen der Veräusserer unter gewissen Voraussetzungen das den Gegenstand der Verfügung bildende Recht verschafft, auch wenn es ihm selbst nicht zusteht oder nach denen eine bestehende Belastung oder Einschränkung untergeht, wenn das belastete Recht als lastenfrei veräussert ist.[16])

Es würde zu einem Widerspruch führen, wenn einerseits das bürgerliche Recht den Erwerber gegen einen solchen Mangel im Autorrecht schützt und wenn anderseits der Veräusserer befugt wäre, über die Existenz des den Gegenstand der Verfügung bildenden Rechts oder über

---

Mangel der Vertretungsmacht wird durch die Rechtskraft so lange gedeckt, bis das Urteil infolge der Nichtigkeitsklage beseitigt ist. Wegen dieses fundamentalen Unterschiedes ist die Formulierung, der Veräusserer sei materiell der Vertreter des Erwerbers (Eccius, S. 675) geeignet, zu irrtümlichen Schlussfolgerungen zu verleiten.

15) BGB. § 429 verbunden mit § 425 II BGB.

16) Vgl. darüber oben § 13 und unten § 27,9.



das Bestehen der Belastung oder Einschränkung mit Wirkung gegen den Nachfolger zu prozessieren.

Deshalb bestimmte der § 238 alter Fassung, dass die Bestimmungen des § 236 insoweit keine Anwendung finden sollten, als solche Vorschriften des bürgerlichen Rechts entgegenstehen. Gemeint konnte damit nicht der Abs. 1 des § 236 sein, sondern nur der Abs. 2 und der durch sein Platzgreifen bedingte Abs. 3. Der Sinn des § 238 war also, dass in solchen Fällen die Veräusserung in der That auf den Prozess von dem Einfluss sein sollte, dass der Beklagte dem Kläger den Verlust seiner Berechtigung (Sachlegitimation) entgegenhalten und Klagabweisung verlangen konnte.

Diese sachlich zutreffende und am passenden Orte stehende Vorschrift ist bei der Revision der CPO. gestrichen und durch die Bestimmung des § 265 III ersetzt. Diese bezieht sich hinwiederum auf den § 325. Wie später (§ 27 f.) nachzuweisen ist, ist es für die post rem judicatam erfolgte Veräusserung selbstverständlich, dass dem Nachfolger durch die gegenüber dem Vorgänger erfolgte Feststellung nicht verwehrt ist, geltend zu machen, dass er, wenn nicht von dem Vorgänger, so doch durch dessen Verfügung das abgeurteilte Recht erworben habe. Dagegen führt der § 325, II die Bestimmung ein, dass die Kenntnis (oder das Kennenmüssen) der Rechtshängigkeit den Nachfolger an die Rechtskraft der gegenüber dem Vorgänger gefällten Entscheidung bindet.

Der § 265 III sagt nun, dass dem Kläger der Einwand, er sei zur Geltendmachung des Anspruchs[17]) nicht mehr befugt, entgegengesetzt werden kann, falls das noch zu fällende Urteil gegen den Erwerber nicht wirksam sein würde. Hiermit wird aber nur ein Teil dessen, was gemeint war und an dieser Stelle zu sagen angebracht gewesen wäre, zum Ausdruck gebracht. Gemeint ist offenbar, dass der Kläger unter der Voraussetzung, dass der Erwerber nach bürgerlichem Recht jene exceptionelle Stellung hat, nicht befugt sein soll, mit Wirkung gegen den Nachfolger zu prozessieren. Nicht gesagt, aber zu supplieren ist, dass unter der entsprechenden Voraussetzung auch der veräussernde Kläger nicht mehr befugt ist, mit Wirkung gegen den Erwerber zu prozessieren.

---

17) Hier ist Anspruch nicht im Sinne des Anspruchs des BGB. gemeint. Es trifft die Bestimmung auch dann zu, wenn das Urteilsbegehren auf Feststellung des Eigentums, Erbrechts u. s. w. gerichtet war.

Das Wesentliche in der Vorschrift ist also, dass die Befugnis des Klägers oder des Beklagten, über fremde Rechtsverhältnisse mit Wirkung gegen den Dritten zu prozessieren, hier verneint wird. Nicht, weil die Rechtskrafterstreckung defiziert, fehlt jene von Kohler sogenannte Prozessstandschaft, sondern es ist umgekehrt: weil diese fehlt, kann die Wirkung des Urteils dem Nachfolger nicht schaden.

Setzt der Beklagte dem Kläger den Einwand, er sei zur Geltendmachung des Anspruchs nicht mehr legitimiert, entgegen, so muss der Beklagte im Bestreitungsfalle jedenfalls beweisen, dass die Veräusserung stattgefunden habe. Ist diese von der Art, dass Vorschriften Platz greifen, welche dem gutgläubigen Nachfolger eine unantastbare Rechtsposition geben,[18]) so ist der Einwand begründet. Der Beklagte braucht nicht etwa auch noch nachzuweiseu, dass der Erwerber gutgläubig war, denn dies wird auch in unserem Falle zu präsumieren sein. Weist allerdings der Kläger nach, dass der Dritte in Kenntnis der streitigen Rechtslage[19]) oder der Rechtshängigkeit erworben hat,[20]) so kann sich der Beklagte der Durchführung des Prozesses nicht unter Berufung auf die Veräusserung entziehen.

3) Auf dieser Grundlage ist noch die Frage zu beantworten, welche Bedeutung das Urteil hat, wenn der Kläger den Prozess weiterführt, obgleich er veräussert hat und der Erwerber die eben bezeichnete unabhängige Rechtsstellung hat. Mag der Beklagte den Wegfall der Sachlegitimation wegen Unkenntnis der Veräusserung nicht haben rügen können oder mag er ihn nicht haben rügen wollen: in beiden Fällen schafft das Urteil zwischen den Parteien Rechtskraft, aber es kann dem Erwerber nicht entgegengehalten werden. Nehmen wir folgendes Beispiel: Der im Grundbuch als Eigentümer Eingetragene hat auf Feststellung seines Eigentums geklagt und, ohne dass im Grundbuch ein Widerspruch gegen seine Richtigkeit eingetragen war, die Auflassung

---

18) Das ist z. B. nicht der Fall, wenn ein Widerspruch im Grundbuch eingetragen ist, wenn die Sache eine gestohlene oder sonstwie abhanden gekommene ist.

19) Im Falle des § 932 II BGB. wird dies zur Ausschliessung des guten Glaubens genügen. Würde der Kläger die Behauptung aufstellen, der Dritte habe den Mangel der Berechtigung des Klägers gekannt, so würde er damit die Unbegründetheit seiner Klage zugestanden haben.

20) Dem Erwerber gegenüber steht dies damit keineswegs rechtskraftmässig fest. Über die die Rechtskrafterstreckung bedingenden Momente kann hier wie überall nur gegenüber dem Dritten selbst entschieden werden.

mit dem X vollzogen, der an die Richtigkeit des Grundbuchs glaubte und von dem anhängigen Prozess keine Kenntnis hatte. Wird nun die Eigentumsfeststellungsklage des Auflassenden abgewiesen und beruft sich der Sieger gegenüber dem Erwerber auf das Urteil, so wird ihm erwidert, dass der Erwerber auch dann Eigentümer geworden ist, wenn der Besiegte nicht Eigentümer war, und dass gerade das Eigentum des Siegers auf ihn übergegangen ist, wenn dieser der Eigentümer war.[21]) Die gegenüber dem Veräusserer ergangene Feststellung schadet dem Erwerber nicht.

§ 24.

4. Bedeutung des § 265 CPO. (Fortsetzung: Konstitutive und kumulative Succession.)

I. In den bisherigen Erörterungen haben wir eine solche Veräusserung des Klägers im Auge gehabt, welche das streitige Recht auf den Erwerber völlig überträgt. Das Ergebnis war, dass der von dem Veräusserer fortzuführende Prozess nunmehr das Recht des Erwerbers zum Gegenstande hat. Anders ist die materielle Rechtslage, wenn die Veräusserung zu einer sog. konstitutiven Succession führt. Nehmen wir das Beispiel, dass der im Grundbuch Eingetragene einen Eigentumsfeststellungsprozess führt und pendente lite eine Hypothek bestellt hat. Hierdurch wird sein Eigentum nicht aufgehoben. Die Veräusserung hat auf den Bestand und die subjektive Beziehung des streitigen Rechts keinerlei Einfluss. Die zu entscheidende Rechtsfrage ist nach wie vor, ob der Kläger der Eigentümer ist, nicht aber, ob der Dritte eine Hypothek erworben hat. Für die Entscheidung dieser Frage bildet die Entscheidung über das Eigentum nur die Vorfrage und wenn das Urteil auch gegenüber dem Erwerber wirksam ist, so kann dies nur die Bedeutung haben, dass das Bestehen der Hypothek aus dem verneinten Eigentum des Veräusserers nicht abgeleitet werden kann, und dass, wenn er gesiegt hat, die Hypothek nicht deshalb bestritten werden darf, weil der Besteller nicht Eigentümer gewesen sei.

Folgt man dem Wortlaut des Gesetzes (§ 265 III), so würde, wenn der Hypothekar eine von der Eigentumsberechtigung des Autors unab-

21) Vgl. unten § 27 f.

hängige Rechtsstellung hat, anzunehmen sein, dass auch hier die Klage abgewiesen werden müsste. Allein dies wäre offenbar ein unsinniges Resultat. Es ist anzunehmen, dass § 265 III nur den gewöhnlichen Fall der vollen Rechtsübertragung im Auge hat, bei der allerdings die Sachlegitimation verloren geht. Ist es nun auch sicher, dass der § 265 auf die Fälle der konstitutiven Succession anzuwenden ist, so müssen doch diejenigen Vorschriften ausser Anwendung bleiben, welche nur für jenen Normalfall passen.

II. Auf den Fall, dass während des Prozesses über eine Forderung ihre Verpfändung oder Pfändung stattgefunden hat, ist noch mit einigen Worten einzugehen. War die Klage nur auf Feststellung gerichtet, so ist die Situation dieselbe, wie sie vorher betrachtet wurde.[1]) Hatte aber der Kläger auf Zahlung geklagt, so kompliziert sich die Situation insofern, als durch das Pfandrecht an der Forderung zwar das Gläubigerrecht des Klägers nicht aufgehoben, aber doch insofern eingeschränkt wird, als er während des Bestehens des Pfandrechts keinenfalls Zahlung an ihn selbst fordern kann. Diese Änderung des materiellen Rechtszustandes muss auch im Prozess einen Einfluss üben. Hält der Kläger den Antrag auf Verurteilung zur Zahlung an ihn selbst aufrecht, so ist dieser Antrag unbegründet. Er muss ihn, falls der Pfandgläubiger das Einziehungsrecht hat,[2]) auf Zahlung an den Pfandgläubiger, sonst aber entweder auf Zahlung an beide oder auf Hinterlegung für beide richten.[3]) — Wird der Antrag nicht geändert, so wird auch hier die Rechtskraft gegen den Pfandgläubiger nicht gehindert.[4]) — Klagt der Pfandgläubiger während des schwebenden Prozesses gegen den Drittschuldner (sei es durch Hauptintervention, sei es in Einzelklage), so ist zwar der Gegenstand des zweiten Prozesses ein anderer, als im anhängigen Prozess, allein nach

---

1) Auch hier ist bei dem Streit um eine gewöhnliche Forderung möglich, dass das Ergebnis des Prozesses den Rechtsnachfolger nicht bindet, nämlich dann, wenn eine Verpfändung einer verbrieften Forderung stattgefunden hat und der Pfandgläubiger weder von der Simulation, noch von der Rechtshängigkeit etwas wusste (§ 405).

2) BGB. § 1282. So also stets, wenn die Forderung auf Grund eines anderen Titels, als eines Arrestbefehls gepfändet ist.

3) BGB. § 1281. Übereinstimmend (bezüglich der Statthaftigkeit der Einrede) RG. 25 No. 103 und in Seuff. Arch. 52 No. 212, inkonsequenterweise auch Gaupp-Stein (vgl. oben § 22 Note 31).

4) Vgl. oben § 22. Hier zeigt sich besonders empfindlich die Ohnmacht des Erwerbers. Man hätte dem Pfändungspfandgläubiger wenigstens für solche Fälle die Stellung eines selbständigen Nebenintervenienten verstatten müssen.

dem Zwecke des Gesetzes steht auch solcher Klage die auf § 265 II CPO. gestützte Einrede der Unzulässigkeit der Klage [5]) entgegen.[6])

III. Ein besonderer Fall, der aber trotzdem unter den eben behandelten Gesichtspunkt gehört, ist der, dass die in den gesetzlichen Güterstand eintretende Ehefrau vorher einen Prozess über ein zum eingeklagten Gut gehöriges Recht begonnen hatte. Sie kann, wie § 1407 ausdrücklich anerkennt, den Prozess ohne Rücksicht auf das sonst den Verlust ihrer Aktivlegitimation begründende Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Ehemanns weiterführen. Dass die Ehefrau den Antrag einer Leistungsklage nunmehr auf Leistung an sie nach Beibringung der Genehmigung des Ehemanns oder auf Leistung an den Ehemann oder auf Hinterlegung für beide richten muss, ergibt sich aus den Grundsätzen über die Verwaltungsgemeinschaft.[7])

IV. Möglich ist auch eine solche Rechtsnachfolge in das streitige Recht, durch welche der Kläger nicht aufhört, der Berechtigte zu sein, der Nachfolger aber als Gleichberechtigter neben ihn tritt.[8]) Durch eine solche Vergemeinschaftung hört die Aktivlegitimation des Klägers nicht auf. Die Entscheidung über das ihm bisher allein zustehende Ursprungsrecht schafft Rechtskraft gegenüber dem Gesammtgläubiger trotz der Vorschrift der §§ 429, 425 II BGB., da diese voraussetzen, dass die Gesammtberechtigung bereits vor der Rechtshängigkeit bestand.

§ 25.

5. Bedeutung des § 265 CPO. bei Nachfolge auf Seite des Beklagten.

Hat der Beklagte veräussert,[1]) so sind zwei Gruppen von Fällen zu unterscheiden.

---

5) Nicht die Einrede der Rechtshängigkeit: die Parteien sind verschieden. Vgl. oben § 23 Note 4.

6) Übereinstimmend RG. 20 S. 420. — Hat der Gläubiger auf Feststellung geklagt, so kann der Pfändungspfandgläubiger auf Leistung klagen.

7) Vgl. Planck Erl. 2 zu § 1380, Anspr. u. Klagr. S. 305,6.

8) Über die hierher gehörigen Fälle vgl. unten § 35, II. Sie sind zu unterscheiden von der Veräusserung eines Teilrechtes. Tritt der Kläger seine Forderung teilweise ab oder nimmt er einen Miteigentümer auf, so gelten die früher entwickelten Grundsätze. Bestätigend § 1454 BGB. (eheliche Gütergemeinschaft).

1) Auch hier wird jede Rechtsnachfolge auf Seite des Beklagten umfasst. Vgl. oben § 21 II. Zur Vereinfachung des Ausdrucks wird von der Veräusserung gespro



I. Die erste Gruppe bilden diejenigen Prozesse, in denen die Klage auf Feststellung eines Rechts gerichtet ist, dessen Bejahung wegen seiner Ausschliesslichkeit die Verneinung eines gleichen Rechts des Beklagten enthält, so wenn auf Feststellung des Eigentums, des Erbrechts, der Gläubigerschaft (in einer Forderung) geklagt ist.[2]) Prätendiert der Beklagte ein gleiches Recht und nimmt er während des Prozesses eine Verfügung vor, welche eine translative oder konstitutive Succession herbeizuführen bestimmt ist,[3]) so würde die Verfügung auch ohne die Norm des § 265 das Recht des Klägers, den Feststellungsprozess gegenüber dem Beklagten zum Austrag zu bringen, im allgemeinen nicht aufheben. Denn das Feststellungsklagrecht ist das (prozessuale) Recht, gegenüber derjenigen Person die Feststellung eines gegenwärtigen[4]) Rechtsverhältnisses zu erlangen, gegenüber welcher der Kläger ein Interesse an der Feststellung hat. Eine Bedeutung hat hier der § 265 nur dann, wenn durch die Veräusserung das Interesse des Klägers, dem Beklagten gegenüber die Feststellung zu erzielen, weggefallen ist.[5]) Der Prozess geht dann trotzdem weiter, weil der Beklagte mit Wirkung gegen den Nachfolger prozessiert und es so dem Kläger erspart bleibt, gegen diesen nach ergebnislosem Ausgang des ersten Prozesses eine neue Klage anstellen zu müssen.

Nun ist es aber auch möglich, dass gerade durch die Veräusserung des Beklagten das materielle Recht des Klägers untergeht, wenn es

---

2) Die folgende Erörterung basiert auf der Auffassung, dass die Eigentumsfeststellungsklage und die Klage, welche den Eigentumsanspruch geltend macht, auf das schärfste von einander gehalten werden müssen. Ist man der Ansicht, dass die Klage aus dem Anspruch zu einer rechtskraftsfähigen Entscheidung über das Eigentum oder das Erbrecht führt, so gelangt man zu anderen Resultaten.

3) Es sind die Fälle, von welchen oben § 19 I bereits gesprochen wurde und in denen der siegende Kläger dem Dritten das Urteil zu dem Zweck entgegenhält, um zu begründen, dass er in Wirklichkeit der Rechtsnachfolger des Beklagten nicht geworden sein kann. Anders ist die Auffassung von Kohler, Z. f. C. 12 S. 110. Er stellt in Beziehung auf die Veräusserung während des Vindikationsprozesses den Satz auf: „Der Erwerber der Sache muss das dingliche Urteil anerkennen; denn wenn er durch die Erwerbung civilistischer Eigentümer geworden ist, so wird dieses Eigentum durch das Urteil beeinflusst — möglicherweise aufgehoben oder modifiziert —". In der That: würde die sog. materielle Rechtskraft des Urteils eine Einwirkung auf den materiellen Rechtszustand bedeuten, so müssten dies die Konseqenzen sein, auf welche oben S. 15f. bereits im allgemeinen hingewiesen wurde.

4) Die Frage ist bestritten, vgl. Anspr. u. Klagr. S. 401f.

5) Auch das Feststellungsinteresse muss zur Zeit der Urteilsfällung vorhanden sein. Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 435.



bestanden hat. Kann der Kläger, wenn er gegen den eingetragenen falsus dominus auf Feststellung seines Eigentums geklagt hat, diese noch erhalten, nachdem der Beklagte einen Dritten durch Auflassung zum Eigentümer gemacht hat? Diejenigen, welche die Veräusserung im Prozess schlechthin ignorieren wollen, werden kein Bedenken tragen, die Frage zu bejahen. Wer aber die Veräusserung als civilrechtlich gültig betrachtet und deren Wirkung auch im Prozess berücksichtigt, muss zu der Verneinung gelangen. Der Beklagte, der sich auf jene Wirkung beruft, macht nicht geltend, dass er durch die Veräusserung die Eigenschaft als der richtige Beklagte (gegenüber dem Feststellungsantrag) verloren habe, sondern er legt dar, dass das festzustellende Recht des Klägers erloschen ist. Es wäre widersinnig, das Eigentum des Klägers als ein jetzt vorhandenes festzustellen, wenn es zweifellos ist, dass es erloschen ist.[6]) In Frage kann nur das sein, ob der Kläger nunmehr das Bestandenhaben seines Eigentums verlangen kann. Dies hängt davon ab, ob eine auf die Vergangenheit gerichtete Deklaration den Gegenstand eines Feststellungsurteils bilden kann. Verneint man dies, so ist die Aufrechterhaltung des Feststellungsantrags unbegründet. Der Kläger erleidet hierdurch übrigens keinen Nachteil. Denn er kann entweder die sich aus der Veränderung ergebenden Ansprüche alsbald in diesem Prozess geltend machen[7]) oder dies für einen neuen Prozess vorbehalten. Im letzteren Falle wird zwar die Klage abgewiesen, aber der Beklagte trägt trotzdem die Kosten, wenn die Klage begründet und veranlasst war und der Kläger nicht den Versuch macht, die durch den Untergang des festzustellenden Rechts unbegründet gewordene Klage aufrecht zu erhalten.[8])

II. Die zweite Gruppe der Fälle, die bei der Veräusserung durch den Beklagten in Betracht kommen, umfasst diejenigen, in denen gegen ihn als den jetzigen Eigentümer oder als den gegenwärtigen Besitzer ein Anspruch (auf Leistung) geltend gemacht ist. Begründen Eigentum oder Besitz als solche den Anspruch, so wird dadurch, dass der Beklagte einen

6) Es ist in dieser und in den folgenden Beziehungen nicht anders, als wenn der Beklagte schuldhaft die Sache, um deren Eigentum gestritten wird, vernichtet oder die Forderung, deren Inhaberschaft festgestellt werden soll, so eingezogen hat, dass der Schuldner befreit wurde, das festzustellende Rechtsverhältnis also erloschen ist.

7) CPO. § 268 Nr. 3.

8) Vgl. näher Anspr. u. Klagr. S. 365, 435.

Dritten an seine Stelle treten lässt, seine Verpflichtung aus diesem Anspruch (also seine Passivlegitimation) aufgehoben.[9])

Es ist sicher, dass der (dingliche) Eigentumsanspruch des § 985 und der Besitzanspruch der §§ 861, 1007 BGB. nur gegen den Besitzer begründet sind, und dass sie auch dann untergehen, wenn der Beklagte während des Prozesses den Besitz verloren[10]) hat.[11]) Die zu entscheidende Frage ist nicht mehr, ob der Beklagte als Besitzer (mit dem dinglichen Anspruch) auf Herausgabe haftet, sondern ob der Anspruch gegen den Erwerber und nunmehrigen Besitzer begründet ist.

Materiellrechtlich verhält es sich hier nicht anders, als bei der Geltendmachung einer Hypothek oder einer sonstigen Verpflichtung, welche „auf einem Grundstück ruht“. Hier kann nicht in Zweifel gezogen werden, dass die Passivlegitimation dem eingetragenen Eigentümer zukommt,[12]) und dass sie mit der Auflassung des belasteten Grundstücks erlischt.

Ist der Beklagte als eingetragener non-dominus auf Bewilligung der Grundbuchsberichtigung belangt und lässt er das Grundstück an den Dritten auf, so kann die Frage jetzt nur dahin gestellt werden, ob der Erwerber die Berichtigung zu bewilligen hat und nur die von ihm erklärte Eintragungsbewilligung kann für den Kläger einen Wert haben.[13])

---

9) Über die hierher gehörigen Fälle und die nähere Begründung der im Texte zu Grunde gelegten Auffassung vgl. unten § 47 f.

10) Also nicht etwa schon dann, wenn er behauptet, den Besitz verloren zu haben. Hat der Kläger bestritten, dass der Beklagte den Besitz, den er feststehendermassen gewonnen hatte, wieder verloren habe, so hat der Beklagte die Beweislast. Dies ist freilich bestritten (vgl. Anspr. u. Klagr. S. 67/8 c. cit.), aber es folgt m. E. daraus, dass, wenn das Entstehen des Eigentumsanspruchs feststeht, die Beweislast bezüglich seines Untergangs denjenigen trifft, der ihn behauptet. Weshalb es in dieser Beziehung anders bei den dinglichen Ansprüchen, als bei den persönlichen sein soll, ist nicht einzusehen.

11) Dies ist deshalb nicht weniger wahr, weil der Besitzer in diesem Falle auf Schadensersatz haftet und der Kläger an Stelle des dinglichen Anspruchs (auf Herausgabe der Sache) den persönlichen Anspruch (auf Schadensersatz) setzen kann, ohne dass diese Änderung des Anspruchs als eine (unzulässige) Klagänderung zu behandeln ist. § 268 Nr. 3 sagt nicht, dass hier eine solche nicht vorliegt, sondern, dass die Änderung nicht als Klagänderung „anzusehen“ ist (nämlich im Sinne des Klagänderungsverbots).

12) BGB. § 1147/8 Zw.V.G. § 17.

13) Etwas anderes ist die Frage, ob er dem Kläger die Bewilligung des jetzt Eingetragenen verschaffen muss. Das kann sehr wohl der Fall sein. Es handelt sich dann aber um einen persönlichen Schadensersatzanspruch. (Im Konkurse zeigt sich



Stellen wir uns vor, dass in solchen Fällen der Nachfolger (in das Eigentum bezw. in den Besitz) auch in das Prozessverhältnis eintreten würde,[14]) so wird über den dinglichen, nunmehr gegen ihn gerichteten Anspruch auch ihm gegenüber entschieden. Dabei wäre es möglich, dass der Kläger gegen den ursprünglichen Beklagten seinen Klagantrag auf Schadensersatz erweitert hätte. Dann würde in dieser Richtung der Prozess gegen ihn weiterlaufen und nur über die auf den Erwerber übergehende Verpflichtung wäre diesem gegenüber die Entscheidung zu fällen.

Für die sachliche Beurteilung ist es nicht anders, wenn der Veräusserer den Prozess in beiden Richtungen hin weiterführt. Bezüglich des dinglichen Anspruchs prozessiert er auf Grund des § 265 II CPO. nicht mehr über seine Verbindlichkeit, sondern über die des Erwerbers. Er hat die Macht dazu auf Grund des § 265 II CPO. und er kann sich der Fortführung des Prozesses nicht mit der Begründung entziehen, dass seine eigene Haftung erloschen sei.

Das korrekte Verfahren ist es hiernach, wenn der Kläger, nachdem auf Seiten des Beklagten eine Rechtsnachfolge eingetreten ist, ein Urteil herbeiführt, welches ausdrücklich den Nachfolger (den jetzigen Eigentümer bezw. Besitzer) als denjenigen nennt, gegen den der Anspruch begründet ist.[15]) Zur Begründung darf auf die früheren Erörterungen über die Rechtsnachfolge auf seiten des Berechtigten verwiesen werden.[16]) Eine Gefährdung des Dritten liegt hierin nicht. Denn darüber, ob er der Nachfolger ist, kann auch in diesem Fall nur ihm gegenüber entschieden werden und die Vollstreckung ist auch hier gegen den Nachfolger nur möglich, wenn eine auf seinen Namen lautende vollstreckbare

---

sofort die Verschiedenheit dieser beiden Ansprüche bei der Frage, inwieweit ein Aussonderungsrecht besteht.)

14) Hat der mit der hypothekarischen Klage Belangte das Grundstück aufgelassen, so ist der neue Eigentümer nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, den Prozess zu übernehmen.

15) Rügt der Beklagte den Wegfall seiner Passivlegitimation (oben bei Note 10), so muss der Kläger den Klagantrag ändern, wenn er Klagabweisung vermeiden will (vgl. oben § 22 Note 28). Dadurch, dass der Dritte verurteilt wird, wird er ebensowenig Partei, als wie der Cessionar, wenn der Cedent Verurteilung zur Leistung an ihn erzielt hat (vgl. § 22 Note 34). — Kohler, Z. 12 S. 110f. erachtet den im Text bezeichneten Weg zwar für zulässig, aber nicht für angemessen. Seine Bedenken widerlegen sich durch den Text bezw. durch das unten bei Note 17 Ausgeführte.

16) Vgl. oben § 22, V.



Ausfertigung erlangt ist. Dass das Urteil auf seinen Namen lautet, ist also für ihn nicht gefährlicher, als wenn er nach rechtskräftiger Entscheidung in die Verpflichtung eintrat oder wenn er der gemäss §§ 76,7 CPO. aus dem Streit entlassene Beklagte ist. Auch hier ist das Urteil gegen ihn wirksam und es ist vollstreckbar in demselben Sinne wie dort, nämlich in dem Sinne, dass auf den entsprechenden Nachweis die Klausel ohne weiteres erteilt wird (§ 727), oder dass im Anhangsprozess (§ 731) auf Grund der rechtskräftigen Feststellung und der Nachfolge auf seine Verurteilung geklagt werden kann.

Lautet das Erkenntnis auf den Namen des Beklagten, so begründet dies für den Nachfolger keine Verschiedenheit,[17]) da die Rechtskraft dieselbe ist und die Vollstreckbarkeit ebenfalls auf dem Wege der §§ 727, 731 erzielt werden muss. Für den Beklagten selbst aber ist es von Interesse, nicht eine Verurteilung über sich ergehen zu lassen, welche eine Verpflichtung ausspricht, die ihn nicht mehr trifft. Denn er wird dadurch vor der Gefahr befreit, dass gegen ihn eine fruchtlose, ihn aber doch mit den Exekutionskosten belastende Vollstreckung versucht wird.

III. Auch bei der Rechtsnachfolge auf Seite des Beklagten[18]) ist es möglich, dass seine Passivlegitimation trotz der Veräusserung bestehen bleibt. Dies ist der Fall, wenn der Nachfolger in die Verpflichtung des Beklagten eintritt, ohne dass diese erlischt, so z. B. wenn der Vindikationsbeklagte den Besitz an einen Unterbesitzer überträgt[19]) oder wenn neben den beklagten Schuldner ein accessorisch als Gesammtschuldner haftender Vermögensübernehmer tritt.[20])

In solchen Fällen führt der Beklagte den Prozess über seine Verpflichtung weiter, zugleich aber prozessiert er über die Verpflichtung des Erwerbers und über beide wird in einem Male entschieden. Ist der Er-

---

17) Anders, als wenn die Verurteilung auf Zahlung an den Kläger lautet. Vgl. oben § 23, II, 1.

18) Über die analoge Erscheinung bei der Veräusserung durch den Kläger vgl. oben § 24, IV.

19) Wie gegen den mittelbaren Besitzer von vornherein geklagt werden kann, weil der Eigentumsanspruch auch gegen ihn begründet ist, so bleibt er zur Sache legitimiert, wenn während des Prozesses neben seine Haftung (als des Oberbesitzers) die des Erwerbers als des Unterbesitzers tritt. Vgl. unten § 36, II, 49—52.

20) Vgl. unten § 45 6. Tritt die Schuldübernahme mit Befreiung des Urschuldners (des Beklagten) ein, so ist die Klage gegen den Urschuldner, den ja der Gläubiger selbst befreit hat, abzuweisen. Vgl. m. Verträge S. 180, Gaupp-Stein, Bem. I Abs. 2 zu § 265 c. cit.

werber der Unterbesitzer des Beklagten geworden, so ist die prozessuale Situation dieselbe, als wenn der Mieter verklagt ist und an seiner Stelle der Vermieter den Prozess übernommen hat.[21]) Im Falle der laudatio auctoris entsteht diese Situation durch den Eintritt des Vermieters, in unserem Fall aber dadurch, dass der Beklagte während des Prozesses dem Dritten den Mietbesitz einräumt.

Über die Frage, wie es sich gegenüber den accessorisch neben dem Beklagten haftenden Vermögensübernehmern bezüglich der Vollstreckbarkeit verhält — über diese verwickelte und im Gesetz zum Teil speziell geregelte Frage ist später noch eingehender zu sprechen.[22]) Hier darf nur darauf hingewiesen werden, dass die Ausdehnung der Rechtskraft auf die Vermögensübernehmer von der Frage der Vollstreckbarkeit zu unterscheiden ist und schon aus den bisherigen Erörterungen folgt.

IV. Auch bei der Veräusserung durch den Beklagten[23]) erstreckt sich die Rechtskraft auf den Dritten nur insoweit, als der Beklagte befugt ist, über das Rechtsverhältnis des Nachfolgers zu prozessieren. Dies ist nur insoweit der Fall, als der Dritte aus der Rechtsposition, die von dem Beklagten erfolglos prätendiert wurde, Rechte ableitet oder wenn er in die im Prozess befangene Verpflichtung des Beklagten durch die Nachfolge in das diese erzeugende Rechtsverhältnis wirklich eingetreten ist.[24]) Die Rechtskraft schadet dem Dritten nicht, wenn er nach den Grundsätzen über den Erwerb vom Nichtberechtigten eine Rechtsstellung gewonnen hat, welche sich zwar aus der Verfügung des Beklagten ableitet, aber von dessen eigener Rechtsstellung unabhängig ist. Deshalb hat in einem solchen Falle auch das noch in der Entwicklung begriffene Prozessverhältnis des Veräusserers für den Erwerber nicht den Einfluss, dass er es in dem Falle des § 266 I übernehmen müsste.

---

21) Vgl. oben § 10, S. 76/7.

22) Vgl. unten § 46 a. E.

23) Vgl. die allgemeinen Erörterungen in § 23, III, S. 166 f.

24) Ist das Eigentum des Klägers festgestellt und ist der Beklagte zur Herausgabe verurteilt, so bindet der erste Teil der Entscheidung den Erwerber nur insoweit, als er sein Eigentum von dem Beklagten abzuleiten versucht. Wird er aber durch die Rechtskraft nicht gehindert, zu behaupten, dass die ihm von dem Beklagten herausgegebene Sache ihm bereits gehört habe, so folgt daraus, dass er in solcher Weise Eigentum behaupten kann, auch weiter, dass er den Anspruch auf Herausgabe bestreiten darf. Denn dieser steht dem Eigentümer zu, und wenn der Beklagte Eigentümer ist, kann der Eigentumsanspruch gegen ihn nicht begründet sein. Vgl. oben § 19 S. 140, bes. Note 12/3.

Über die Frage, ob die Kenntnis der Rechtshängigkeit auf prozessualem Gebiet einen entsprechenden Einfluss hat, wie im bürgerlichen Recht die Kenntnis der Mangelhaftigkeit der materiellen Rechtsstellung des Vorgängers,[24a]) enthält das Gesetz in § 266 II keine Bestimmung. Die Frage ist aber angesichts des Zusammenhangs, in dem die Vorschriften mit denen des § 325 stehen, zu bejahen und auch die für die Verfolgung des hypothekarischen Rechts in § 325 III enthaltene besondere Norm [25]) ist bei Veräusserung des belasteten Grundstücks entsprechend anzuwenden. Macht nach § 325 III das Urteil schlechthin Rechtskraft gegen den neuen Eigentümer,[26]) so ist es selbstverständlich, dass der Erwerber auch durch das in der Entwicklung begriffene Prozessverhältnis betroffen wird. Dies äussert sich hier auch darin, dass er unter allen Umständen den anhängigen Prozess zu übernehmen hat.[27])

§ 26.

6. Die Wiederaufnahmeklage nach eingetretener Rechtsnachfolge.

Über die Frage, wie es sich verhält, wenn das gegen den Vorgänger [1]) ergangene Urteil rechtskräftig geworden ist und nun eine Restitutions- oder Nichtigkeitsklage erhoben werden soll, enthält das Gesetz keine ausdrücklichen Bestimmungen.

I. Einfach liegt die Sache, wenn die Nachfolge in das materielle Verhältnis auch die Nachfolge in das Prozessverhältnis von selbst herbeiführte.[2]) Ist z. B. der Erblasser nach Beendigung des Prozesses gestorben, so ist sein Erbe befugt, die Wiederaufnahmeklage auszustellen und er ist es, gegen den sie zu erheben ist. Zwar sagt man gewöhnlich, dass das Prozessverhältnis mit der Rechtskraft beendigt wird. Allein dass dies nicht unbedingt richtig ist, zeigt schon die Vorschrift, dass die Vollmacht sich auf das Wiederaufnahmeverfahren erstreckt. Trotz

24a) Vgl. näher unten § 28, IV, S. 195/6.

25) § 325 III ergänzt den § 266 II; denn er spricht von der Kenntnis der Rechtshängigkeit in ihrer Bedeutung für die hypothekarische Klage. Vgl. § 28, V.

26) Mit Ausnahme des Erstehers, dem gegenüber die Anmeldung der Rechtshängigkeit gefordert ist.

27) Zu demselben Resultat gelangt Stein, Bem. IV zu § 266.

1) Die folgenden Erörterungen beziehen sich auf alle Fälle der Ausdehnung der Rechtskraft auf die Nachfolger.

2) Über die hierher gehörigen Fälle s. oben § 21, I, 1.

der Bestimmung, dass es durch Klage einzuleiten ist, erscheint es als die in ausserordentlichen Fällen eintretende Fortsetzung des ersten Prozesses und dieser kann deshalb, solange die Wiederaufnahme noch möglich ist, in einem gewissen Sinne noch als anhängig betrachtet werden; das scheinbar definitiv beendigte Verfahren kann wieder aufleben. Und in die prozessualen Verhältnisse, die sich aus dieser Möglichkeit ergeben,[3]) succediert derjenige Rechtsnachfolger, der, wenn das Verfahren noch nicht rechtskräftig erledigt wäre, in das noch in der vollen Entwicklung begriffene Prozessverhältnis eingetreten sein würde.

II. Bezüglich der anderen Fälle der Rechtsnachfolge ist zu unterscheiden, ob sie pendente lite oder nach der Rechtskraft stattgefunden hat.

1) Im ersten Falle halte ich es für zweifellos, dass die Befugnis des Vorgängers zur Fortführung des Prozesses sich auch auf die Wiederaufnahmeklage erstreckt. Er kann diese anstellen und wenn er die Aufhebung des Urteils erstreitet, so wirkt dies auch zu Gunsten des Rechtsnachfolgers und ebenso ist jede Möglichkeit, dass die Rechtskraftwirkung wieder beseitigt werde, definitiv auch für den Rechtsnachfolger ausgeschlossen, wenn dem Vorgänger die Erhebung der Wiederaufnahmeklage nicht oder nicht mehr offen steht. Ebenso ist der Veräusserer noch die richtige Gegenpartei, gegen welche von der anderen Seite die Wiederaufnahmeklage zu erheben ist; ihr Anwalt ist der Adressat für deren Zustellung und die Entscheidung wirkt auch gegen den Rechtsnachfolger.[4])

Negativ ist in dem Gesagten bereits ausgesprochen, dass der Rechtsnachfolger im allgemeinen nicht befugt ist, die Wiederaufnahmeklage als Partei zu erheben, und dass sie gegen ihn nicht erhoben werden kann.[5]) Wie er sich aber in dem nach rite anhängigen Verfahren dem

3) Man denke nur an den Fristenlauf.

4) Hat der Cessionar die Forderung eingezogen und wird das Urteil wegen Meineids des Cedenten aufgehoben, so kann er die Herausgabe der Leistung nicht verweigern. Vollstreckbar ist die Verurteilung des Cedenten (zur Erstattung) gegen ihn nicht. Ebenso haftet er nicht etwa schon deshalb auf Schadensersatz, weil der Cedent dazu verpflichtet ist.

5) So auch Seuffert, 7. Aufl. Bem. 3 zu § 541, Bem. 2 zu § 472, Petersen-Anger, Bem. 3 zu § 578, Bem. 4 zu § 511, Gaupp-Stein, 3. Aufl. Bem. I zu § 541, Bem. II 1a, 2 zu § 472, während in der 4. Aufl. (Bem. II a. E. zu § 578) ohne nähere Begründung gelehrt wird, dass die Rechtsnachfolger, denen gegenüber das Urteil nach § 325 f. Rechtskraft schafft, „ohne besondere Voraussetzung“ zur Klage legitimiert seien. Das von Stein in Note 6 citierte Urteil bezieht sich auf einen Beerbungsfall.



Veräusserer als Nebenintervenient anschliessen kann, so ist er dazu jedenfalls auch in dem schwebenden Wiederaufnahmeverfahren befugt.[6])

Man muss aber noch einen Schritt weiter gehen und dem Nachfolger gestatten, als Intervenient die Wiederaufnahmeklage zu erheben. Der § 66 II gestattet die Anschliessung als Intervenient in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels und setzt als zeitliche Grenze die rechtskräftige Entscheidung des Prozesses. Folgt man dem Wortlaut des Gesetzes, so ist damit die Möglichkeit ausgeschlossen, dass der Singularnachfolger die Wiederaufnahmeklage, sei es als der schon eingetretene Intervenient, sei es in Verbindung mit dem Anschluss, erhebt. Allein wenn man erwägt, dass die Klage nichts anders als ein ausserordentliches Rechtsmittel[7]) ist und dass das Wiederaufnahmeverfahren sich nur als eine Fortsetzung des durch das Urteil geschlossenen Verfahrens darstellt, so erscheint auch die Annahme geboten, dass das Gesetz in der Bestimmung des § 66 II nur den gewöhnlichen Fall im Auge hat und sonach nur sagen will: ein Dritter hat als Nebenintervenient nicht mehr Befugnisse als die Hauptpartei selbst; soweit für die letztere der Prozess beendigt ist, ist er es auch für den interessierten Dritten. Die Meinung, welche dem Interessenten die Erhebung der Interventionsklage verschliesst, würde ja auch dazu führen, dass solche Dritte, welche im Falle ihres Anschlusses die Stellung von Streitgenossen haben würden, die Klage nicht erheben können.[8]) Denn sie müssen sich als Nebenintervenienten anschliessen und ob sie dies können, beurteilt sich für sie ganz ebenso wie für die unselbständigen Intervenienten lediglich nach dem § 66 CPO. Zudem würde, wenn man einmal Wortinterpretation treiben will, auch das ausgeschlossen sein, dass sie sich der von der Hauptpartei erhobenen Klage anschliessen könnten. Denn auch wenn diese erhoben ist, bleibt es wahr, dass bis zu ihrer erfolgreichen Durchführung die rechtskräftige Entscheidung vorhanden ist.

Die bekämpfte Ansicht führt zu Resultaten, welche praktisch höchst unbefriedigend sind. Denn der Veräusserer wird häufig ein sehr geringes Interesse an der Wiederaufnahme haben und wenn er auch dem Nachfolger gegenüber zur Erhebung der Klage verpflichtet sein sollte und

6) So auch Seuffert, 7. Aufl. Bem. I a. E. zu § 63, Struckmann-Koch, Bem. 1 zu § 578, Petersen-Anger, B. 8 zu § 66.

7) Im weiteren Sinne.

8) Vgl. den Rechtsfall in m. Civilprozesspraktikum Nr. 203.



auf Schadensersatz haftet, wenn er ihn unter der Rechtskraft des unrichtigen Urteils leiden lässt, so würde doch das Interesse des Nachfolgers schlecht gewahrt sein, wenn er darauf beschränkt wäre, mit einer Klage gegen den Vorgänger vorzugehen.

In allen diesen Fällen [9]) hat der Nachfolger ebenso, als wenn er Berufung oder Revision einlegt, lediglich die Stellung der Intervenienten, und zwar nach der besonderen Bestimmung des § 265 II Satz 3 die des unselbständigen Gehilfen des Veräusserers als der Hauptpartei.

Anders liegt es, wenn der Erwerber berechtigt ist, gemäss § 266 CPO. den Rechtsstreit ohne Zustimmung des Gegners zu übernehmen oder wenn er die erforderliche Zustimmung erhält. In diesen Fällen wird im allgemeinen angenommen, [10]) dass der Erwerber das Urteil, welches gegenüber dem Vorgänger ergangen ist, durch Restitutions- oder Nichtigkeitsklage anfechten kann, und zwar thut er es als Partei, so dass in der Klagerhebung zugleich die Übernahme des Prozesses liegt. Entsprechend kann in den Fällen des § 266 gegenüber dem Nachfolger verfahren werden.

Diese Lehre ist nach dem vorher Ausgeführten vollkommen zu billigen, obwohl man, wenn man ebenso wie in den vorher besprochenen Fällen sich an den Wortlaut halten wollte, auch sagen könnte: die §§ 265/6 beschäftigen sich mit dem anhängigen Verfahren und die Rechtshängigkeit endigt, wenn bereits ein rechtskräftiges Urteil vorliegt.

2) Ist die Rechtsnachfolge nach Rechtskraft des Urteils eingetreten, so kommen die entwickelten Grundsätze entsprechend zur Anwendung. Der Nachfolger ist also in den Fällen der eben besprochenen zweiten Art zur selbständigen Wiederaufnahmeklage legitimiert, im übrigen aber steht diese dem Rechtsvorgänger zu und der Nachfolger kann nur als Nebenintervenient handeln.

---

9) Auch dann, wenn der Nachfolger selbst die Klage erhoben hat. Die Prozessvollmacht des Intervenienten legitimiert gemäss § 81 CPO. den Bevollmächtigten ebenso zur Wiederaufnahmeklage, wie zur Einlegung eines Rechtsmittels.

10) Vgl. die Citate in Note 5.

IV. Abschnitt.

Die Rechtskraft gegenüber denjenigen Nachfolgern, die Rechte von Nichtberechtigten ableiten.

§ 27.

1. Die Besonderheiten, die sich aus dem bürgerlichen Recht ergeben.

I. In den Fällen, in denen sich die normale Rolle des Verfügenden dergestalt spaltet, dass einerseits der Nichtberechtigte verfügt und dass anderseits der Berechtigte die sich aus der Verfügung ergebende Minderung seiner Rechte oder die Entstehung einer Belastung, die nach der Regel nur aus seiner eigenen Verfügung entspringt, wider Willen erleidet — in allen diesen Fällen hat diese Spaltung auch für die Rechtskraftfrage weitgehende Bedeutung.

Bei der Frage, ob und in wieweit das gegenüber dem Verfügenden ergangene Urteil gegenüber dem Erwerber wirkt, ist zu unterscheiden, je nachdem das Urteil das Ursprungsrecht betrifft oder über das Recht des Verfügenden zur Vornahme der Disposition (über das fremde Recht) entscheidet.

II. Wir fassen zunächst die letztbezeichnete Situation in das Auge und sprechen also von den Fällen, in denen der Verfügende als der Nichtberechtigte aufgetreten ist und mit dem Erwerber ein Rechtsgeschäft geschlossen hat, dessen Wirksamkeit davon abhängt, dass er das Recht hatte, über das Recht eines dritten Berechtigten zu verfügen.[1])

---

1) Die Fälle, in denen der Verfügende als der Inhaber des Ursprungsrechts aufgetreten ist, bleiben also zunächst völlig ausser Betracht. Vgl. darüber unter III.



Ist das Urteil zwischen dem Verfügenden und dem Berechtigten ergangen und hat es darüber entschieden, ob der erstere jenes Verfügungsrecht besitze, so nützt und schadet ein solches Urteil dem Erwerber insofern, als das Vorhandensein dieses Verfügungsrechts Bedingung seines Erwerbs ist. Habe ich als Pfandgläubiger, Niessbraucher oder als Inhaber des ehemännlichen Verwaltungsrechts eine Verfügung vorgenommen und waren diese Rechte im Prozess mit dem Besteller oder mit der Ehefrau rechtskräftig festgestellt, so kann der Erwerb meines Kontrahenten von diesen Personen nicht aus dem Grund in Frage gestellt werden, dass jenes Verfügungsrechts gefehlt habe. [2]) War es mir aberkannt, so kann mein Kontrahent seine Existenz gegenüber jenen Passivbeteiligten nicht zu dem Zweck behaupten, um aus ihr die Folge zu begründen, dass ich als der Nichtberechtigte ihm das Recht des Berechtigten verschafft habe.

Das Urteil hat demnach gegenüber dem Erwerber nur dann Bedeutung, wenn dieser sich auf das Recht des verfügenden Nichtberechtigten (zur Vornahme der Verfügung) stützt, um seine Rechtsstellung zu begründen; deshalb wirkt das ihm gegenüber ergangene Urteil nicht gegen den Erwerber, wenn dieser sich lediglich auf die von der Berechtigung zur Verfügung unabhängige Verfügungsmacht des Veräusserers berufen kann. Hat der Ehemann nicht als solcher über das Ehegut verfügt, hat der Pfandgläubiger nicht als solcher verkauft, so ist es möglich, dass der Dritte trotzdem rechtgültig erwirbt. [3]) Dann ist nach den gleich zu erörternden Grundsätzen die rechtskräftige Verneinung des Verfügungsrechts irrelevant.

Dies gilt auch dann, wenn der Ehemann zwar als solcher verfügt hatte, der Dritte aber den Mangel seines Verwaltungsrechts nicht kannte und nicht zu kennen brauchte, weil er in dem Güterrechtsregister nicht eingetragen war. [4])

III. Hatte der Verfügende über das Ursprungsrecht, d. h. über das Recht, dessen Übergang der Dritte behauptet oder welches als das

2) Ebenso wenn rechtskräftig entschieden war, dass der Berechtigte dem Nichtberechtigten die unentziehbare Genehmigung zur Verfügung gegeben habe. (BGB. § 183.) — Zu den besprochenen Fällen vgl. oben S. 97 f.

3) Man denke an die Veräusserung von beweglichen, nicht abhanden gekommenen Sachen, an die Einziehung der Leistung aus Inhaberpapieren oder aus in blanco indossierten Wechseln — im Gegensatz zu dem Fall, dass etwa der Ehemann eine (gewöhnliche) Forderung der Frau abgetreten hat. Bezüglich der Ehefrau gilt der § 1404 BGB.

4) BGB. § 1435. Hierüber und über § 1248 BGB. vgl. Kap. IV.

Mutterrecht für den Erwerb des Dritten erscheint, prozessiert, so kann dieser sich

1) stets auf das Urteil berufen, wenn der unterlegene Gegner des Verfügenden in einem Prozess mit dem Dritten eine Rechtsbehauptung aufstellt, die im Widerspruch mit dem Urteil steht. Der Gegner wird, solange das Urteil nicht im Wiederaufnahmeverfahren beseitigt ist, nicht mit der Behauptung gehört, dass der Verfügende ein unrichtiges Urteil erstritten habe. Das Urteil deckt sonach den Dritten selbst dann, wenn dieser bei dem Erwerbe gewusst hat, dass der Verfügende ein Nichtberechtigter war. Denn wenn dessen Berechtigung nicht in Abrede gestellt werden kann, so kann auch die Behauptung, der Erwerber habe die Nichtberechtigung gekannt, nicht gehört werden.

2) Hat das Urteil dem Verfügenden das Ursprungsrecht abgesprochen, so steht es dem Dritten ausnahmslos insoweit entgegen, als er seine Rechtsstellung daraus ableitet, dass der Verfügende der Inhaber des Ursprungsrechts gewesen sei. Hat es eine Beschränkung oder Belastung anerkannt, so steht es dem Erwerber unter allen Umständen insoweit entgegen, als dieser infolge der Succession in das übertragene Recht auch die Beschränkung oder Belastung erleidet.

Bei der Frage, inwieweit das eben bezeichnete Abhängigkeitsverhältnis vorliegt, greifen nun die Grundsätze über den „Erwerb von einem Nichtberechtigten" entscheidend ein.[5])

a) Hängt der Erwerb des übertragenen Rechts zwar von der Gültigkeit der Verfügung des im ersten Prozess unterlegenen Verfügenden ab, ist aber die Wirksamkeit der Verfügung nicht dadurch bedingt, dass der Verfügende der Inhaber des Ursprungsrechts war, so ist es klar, dass auch die Feststellung dieser Nichtberechtigung dem Erweber nicht zu dem Zwecke entgegengehalten werden kann, um aus ihr die Folge abzuleiten, dass die Verfügung die ihr nach ihrem Inhalt zukommende Wirkung zu Gunsten des Erwerbes nicht habe ausüben können.

Dies gilt für den Fall, dass der im Eigentumsfeststellungstreit Unterlegene die streitige Sache mit nachträglicher Zustimmung des Siegers oder kraft Pfandrechts[6]) oder kraft ehemännlichen Verwaltungs-

5) Vgl. oben § 13.

6) Man denke etwa an den Fall, dass der beklagte Empfänger der Sache behauptete. sie sei ihm zu Eigentum übertragen, und dass der Tradent in dem ersten Prozess die Feststellung erstritt, dass sie ihm nur als Faustpfand übergeben wurde.



rechts [7]) veräusserte, ganz ebenso, wie in den Fällen, in denen das Gesetz ihm die Verfügungsmacht mit Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs zuschreibt. In den letzteren Fällen kann der Erwerber ebenso wie in den ersteren von vornherein zugeben, dass der Sieger des ersten Prozesses früher der Eigentümer war, und trotzdem behaupten, dass nunmehr er (der Erwerber) Eigentümer ist; ja er kann geradezu die frühere Berechtigung des Gegners anerkennen, um daraus seine jetzige Berechtigung abzuleiten. Nicht anders ist es, wenn er seine Berechtigung darauf stützt, dass er wegen seines guten Glaubens das Recht erworben hat. Wie hier die Anerkennung: „Du warst früher der Eigentümer" mit seiner Behauptung: „Jetzt bin ich es" nicht in Widerspruch steht,[8]) schadet ihm auch nicht die Produktion des Urteils, welches dem Verfügenden das Ursprungsrecht abgesprochen hat.

Es sind also materiellrechtliche Gründe, welche zu diesem Resultat führen. Deshalb liegt es ausserhalb des Rahmens unserer Arbeit, die einschlägigen Normen hier im einzelnen zu betrachten. Die späteren Untersuchungen der verschiedenen Successionsfälle werden noch Veranlassung geben, auf einige von ihnen näher einzugehen.[9]) Hier mag nur an zwei Beispielen die Rechtslage genauer dargelegt werden.

Habe ich gegen den Besitzer die Feststellung meines Eigentums erstritten und stütze ich mich auf die Rechtskraft, um gegenüber dem Dritten, der die Sache von dem Besiegten erworben hat, die Behauptung meines Eigentums zu begründen, so dringe ich hiermit nur dann durch, wenn ich beweise 1) entweder, dass mir die Sache abhanden gekommen

---

Nachher hat der Empfänger die Sache kraft seines Pfandrechts veräussert. Die Feststellung, dass er nicht der Eigentümer sei, kann dem Käufer nichts schaden.

7) Man denke an den Fall, dass die Ehefrau die Feststellung erlangt hat, dass Sachen, die sich im Besitz des Ehemanns befinden und an denen dieser Alleineigentum prätendierte, zum eingebrachten Gut gehören, oder dass sie — bei Gütergemeinschaft — nicht Vorbehaltsgut des Mannes, sondern Gesammtgut seien.

8) Nicht richtig ist es, wenn Mendelssohn-Bartholdy S. 431 meint, der gutgläubige Erwerber könne und müsse anerkennen: „Das im ersten Urteil deklarierte Recht besteht zwischen Dir und B (dem Sieger des ersten Prozesses) . . .; aber dass dieses Recht so zwischen Euch besteht, ist für die Entscheidung zwischen Dir und mir ganz gleichgültig, weil ich . . . Eigentümer der Sache geworden bin, auch wenn B, mein Veräusserer, niemals Eigentümer war". Ist B der Eigentümer, so kann es doch nicht zugleich ein anderer sein.

9) Vgl. im allgemeinen oben § 13 und insbesondere über die Stellung des Indossatars § 42/3, über die Inhaberpapiere § 44, auch Kap. IV.



war,[10]) oder 2) dass der Erwerber schlechtgläubig war.[11]) Im letzteren Falle muss ich nachweisen, dass ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, dass die Sache nicht dem Veräusserer gehörte.[12])[13]) — Sind diese Voraussetzungen erwiesen, so steht es fest, dass der Gegner auf Grund der Veräusserung nur dann Eigentümer werden konnte, wenn der Veräusserer es war. Dass dieser es nicht war, steht aber auf Grund des Urteils fest und damit ist es auch dem Gegner verwehrt, als Nachfolger des Veräusserers mir mein Eigentum zu bestreiten.

Unrichtig wäre die Vorstellung, als sei der böse Glaube der direkte Grund für die Erstreckung der Rechtskraft.[14]) Vielmehr hat die mala fides nur materiellrechtliche Bedeutung, insofern sie es ausschliesst, dass dem Veräusserer die Verfügungsmacht über fremdes Recht zustehen könnte. Dadurch kommt es, dass dem Erwerber ebenso wie nach den

---

10) Beruhte mein Sieg gegenüber dem Beklagten auf diesem Nachweise, so wird der Erwerber dadurch nicht gebunden. Denn es handelt sich um eine thatsächliche Feststellung, von welcher es allerdings auch abhängig ist, ob der Beklagte die Verfügungsmacht besitzt. Aber rechtskräftig ist sie natürlich nicht.

11) Bei den Inhaberpapieren genügt das Abhandenkommen nur gegenüber einem Bankier und nur dann, wenn der Nachweis erbracht wird, dass sein Erwerb innerhalb des ersten Jahres nach der Bekanntmachung im Reichsanzeiger geschehen ist. (Man denke etwa an den Fall, dass der falsus heres sich in den Besitz der Wertpapiere des Erblassers gesetzt und so die Papiere zu „abhanden gekommenen“ gemacht hat.) Vgl. § 367 HGB. in Verbindung mit dem die Regel enthaltenden § 935 BGB.

12) Ist hiernach nicht zu sagen, dass das Urteil mir gar nichts nützt? Keineswegs. Denn ich brauche nur zu beweisen, dass der Vorgänger des jetzigen Gegners nicht der Eigentümer war und dass dies dem letzteren bekannt war oder hätte bekannt sein müssen. Dass ich selbst der Eigentümer bin, brauche ich nicht zu beweisen. Dies ist mir gegenüber unbestreitbar auf Grund des Urteils, welches unter jener Voraussetzung auch gegen den Gegner wirkt und sonach einen grossen Wert besitzt. — Auch an die Vorschrift des § 142 II BGB. ist zu erinnern. Beweise ich, dass der Erwerber wusste oder hätte wissen müssen, dass der Veräusserer auf Grund eines betrügerischen Geschäfts erworben hat, so wirkt das Urteil, wenn der Erwerb nach Eintritt der Rechtshängigkeit stattfand. Dass der Veräusserer auch nicht aus einem anderen Grund Eigentümer war, braucht nicht bewiesen zu werden. Beweise ich, dass der Erwerber die Nichtigkeit des Geschäfts kannte, auf Grund dessen der Veräusserer den Besitz erlangt hatte, so habe ich der mir durch § 932 II BGB. aufgebürdeten Beweislast genügt.

13) Hat der Erwerber gewusst, dass der Veräusserer über eine fremde Sache verfügte, so nützt ihm sein Glaube an das Vorhandensein der Verfügungsmacht des Veräusserers nur nach Massgabe des § 368 HGB., im allgemeinen aber ebensowenig, wie der irrtümliche Glaube an das Vorhandensein der Vertretungsmacht. Vgl. jedoch auch § 1244 BGB.

14) Der Gedanke, dass die Arglist der Grund für die Ausdehnung der exceptio rei judicatae sein könne, wird in der Indossamentslehre von dem Reichsgericht vertreten. Vgl. unten § 43 Note 16.

Rechten, welche den Satz: „Hand wahre Hand“ nicht kennen, das Veräusserungsgeschäft nur dann zu statten kommt, wenn der Veräusserer selbst Eigentümer war.

Betrachten wir die Rechtslage auch noch in Beziehung auf die Bedeutung des Grundbuchs! Habe ich die Auflassung von einem im Grundbuch als Eigentümer Eingetragenen erhalten, so erwerbe ich hierdurch das Eigentum der Regel nach (BGB. § 892 I Satz 1) schlechthin; war der Auflassende der Eigentümer, so geht sein Eigentum auf mich über; war es ein Dritter, so erwerbe ich dessen Recht und er verliert es. Deshalb enthält das Urteil, welches dem Auflassenden das Eigentum abspricht, mit Rücksicht auf diese Regelfälle eine Feststellung, welche es nicht hindert, dass der Erwerber das Eigentum erlangte.

Enthielt aber das Grundbuch einen Widerspruch gegen seine Richtigkeit oder wusste der Erwerber, dass es unrichtig war,[15]) so bewirkt dies, dass er durch die Auflassung Eigentümer nur dann werden kann, wenn der Auflassende es war. Demnach schadet ihm, wenn er nach dem Prozessbeginn erworben hat, die Feststellung, dass der Kläger des ersten Prozesses Eigentümer sei, schlechthin und zwar ganz ohne Rücksicht darauf, ob er die Anhängigkeit des Prozesses kannte.[16])

b) Wir betrachten nunmehr die andere Klasse der in Betracht kommenden Fälle, nämlich diejenigen, in welchen der siegreiche Gegner behauptet, dass gegen den Dritten ein Urteil wirksam sei, welches eine Beschränkung oder Belastung gegen den Veräusserer festgestellt hat. Hier kommen diejenigen Vorschriften des bürgerlichen Rechts in Betracht, welche bestimmen, dass eine Last erlischt, wenn der Erwerber sie bei seinem Erwerbe nicht kannte bezw. auch nicht kennen musste (§ 936 II).

Nehmen wir den Fall, dass ein Hypothekar gegenüber dem Eigentümer die rechtskräftige Feststellung seiner (mit Unrecht gelöschten) Hypothek erstritten hat, dass aber zur Zeit der Auflassung die Hypothek noch nicht wieder hergestellt und auch kein Widerspruch eingetragen war. War dem Erwerber die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht bekannt, so liegt in dem Erwerbe des Grundstücks ein Thatbestand, welcher das

15) So z. B. wenn er weiss, dass der Eingetragene, der auf Grund eines Erbscheins die Eintragung erlangt hat, nicht der wahre Erbe oder nicht der Alleinerbe sei. Kenntnis der „Unrichtigkeit“ des Grundbuchs ist keineswegs nur dann vorhanden, wenn man auch weiss, wer der wahre Berechtigte sei. Vgl. oben Note 12.

16) Vgl. unten § 28. V.



Erlöschen der Hypothek herbeigeführt. Das sie bis dahin bestanden hat, kann der Erwerber ruhig zugeben. Deshalb kann auch aus der Feststellung ihres Bestehens (zur Zeit der letzten Thatsachenverhandlung) kein Argument dafür entnommen werden, dass sie jetzt noch bestehe.[17]) War aber die Belastung im Grundbuch eingetragen oder enthielt dieses einen Widerspruch oder kannte der Erwerber die Unrichtigkeit des Grundbuchs, so kann er als Rechtsnachfolger des Auflassenden das Eigentum nur cum suo onere erwerben und die Feststellung der Last gegenüber dem Auflassenden wirkt demnach in derselben Weise gegen den Erwerber, wie nach gemeinem Recht die gegen den Veräusserer erstrittene Feststellung des Pfandrechts oder der Servitut. Der Erwerber kann also in den oben bezeichneten Fällen die Belastung nicht aus dem Grund bestreiten, dass sie bei dem Veräusserer nicht bestanden habe.[18]) Auch hier ist es wieder nicht erforderlich, dass ein solcher Erwerber auch noch das gewusst habe, dass gegen den Veräusserer der Prozess geführt worden war oder dass er noch anhängig war.[19])

Ist der Besitzer verurteilt, in Erfüllung eines Eigentumsanspruchs eine Sache herauszugeben, so ist die Verurteilung gegen den Erwerber unwirksam, wenn er das Eigentum erlangt hat. Denn wenn diese Rechtsveränderung eingetreten ist, so ist der anerkannte Eigentumsanspruch untergegangen.[20]) Dass die Geltendmachung eines solchen nachträglichen Erlöschens nicht contra rem judicatam verstösst, wurde in anderem Zusammenhange bereits betont.[21]) Die Frage, ob der Vindi-

---

17) Vgl. oben § 19 S. 141/2. Entsprechend ist es im Falle des § 936, nur kommt hier auch das Kennenmüssen in Betracht.

18) Handelt es sich um einen Prozess über eine im Grundbuch eingetragene Verpflichtung, so kann die Rechtskraft den Mangel der zur Entstehung des Rechts erforderlichen buchmässigen Eintragung natürlich nicht ersetzen. Ist etwa durch Versäumnisurteil eine Hypothek im Betrage von 30000 Mk. anerkannt auf Grund der Behauptung, sie sei in diesem Umfang im Grundbuch eingetragen, während der Eintrag nur auf 25000 Mk. lautet, so bindet die Rechtskraft den Erwerber nur bezüglich des letzteren Betrags. In dem Umfang der Eintragung aber muss der Erwerber die Hypothek unbedingt anerkennen und kann nicht etwa behaupten, dass sie nicht bestehe, weil z. B. die die Sicherungshypothek bedingende persönliche Forderung nicht entstanden oder untergegangen sei.

19) Entgegengesetzt Gaupp-Stein nach Note 27 zu § 325. Vgl. dagegen unten § 28, V.

20) Vgl. unten §§ 35, 49 Note 13/5.

21) Vgl. oben § 18 S. 135/6. Dieser Fall kann deshalb mit den bisher besprochenen zusammengestellt werden, weil die Herausgabepflicht den Besitzer als solchen trifft und



kationssieger das Eigentum verloren hat, ist für diese Fälle identisch mit der Frage, ob der Erwerber nach den Grundsätzen über den Erwerb vom Nichtberechtigten das Eigentum erlangt hat; die hier einschlagenden Grundsätze wurden bereits vorher (S. 185 f.) erörtert. Behaupte ich, die Bejahung des Herausgabeanspruchs sei gegen den Besitznachfolger wirksam, so genügt also die Berufung auf das gegenüber dem Veräusserer ergangene Urteil nur dann, wenn der Erwerber entweder nur Unterbesitzer des Beklagten [22]) geworden ist, oder wenn bei beweglichen Sachen die — von dem Sieger zu erweisenden — Voraussetzungen des § 932, II oder des § 935 I oder des § 936 II BGB.,[23]) bei unbeweglichen Sachen aber Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs oder Eintrag eines Widerspruchs vorliegen.[24])

§ 28.

2. Die Bedeutung des § 325 Absatz 2 CPO.

I. Nach der allgemeinen Meinung [1]) begründen die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Erwerb von einem Nichtberechtigten in Verbindung mit der Bestimmung des § 325 II CPO. eine Ausnahme von der Regel, dass die Rechtskraft auf die Rechtsnachfolger der Partei erstreckt ist. Man glaubt, dass die Bedeutung des § 325 II BGB. gerade

diese Last wegen der Besitznachfolge auf den Erwerber übergeht, falls nicht ein Grund vorliegt, der die Last zum Erlöschen bringt.

22) Hat der Beklagte (B) an den gutgläubigen C veräussert und dieser die Sache an den M vermietet, so ist das Urteil ihm gegenüber unwirksam, wenn C Eigentümer geworden ist.

23) Vgl. oben S. 187.

24) Dieser Gesichtspunkt ist auch für die Erlangung der Vollstreckungsklausel von grosser Bedeutung. Es genügt nicht, dass der Vindikationssieger nachweist, dass der Dritte die streitige Sache von dem Verurteilten übergeben erhalten hat. Denn wenn dies der Fall ist, ist nach der Regel des § 932 I BGB. der Dritte Eigentümer geworden. Der Kläger muss die Ausnahme von diesem Satze gemäss § 932 II oder § 935 behaupten und so auch beweisen. Weist er nach, dass der Dritte Unterbesitzer des Verurteilten geworden ist, so genügt dies, da einen solchen sein guter Glaube nicht schützt. Vgl. näher § 48 a. E., § 51 a. E.

1) Vgl. die Kommentare zu § 325, ferner Fitting, 10. Aufl. § 71 III, Crome, System I S. 577. Ich selbst bin dieser Ansicht, die ich nach genauerer Untersuchung des Successionsbegriffs als unrichtig erkannt habe, bei der Charakterisierung, welche ich dem § 325 II bezüglich der Rechtsnachfolger in der D. Juristen Zeitung Jahrg. IV S. 473 gegeben habe, gefolgt. Dass § 325 II keine Ausnahme von der Regel des Abs. 1 begründe, wird auch von Mendelssohn-Bartholdy S. 431/2 gelehrt.



in der Statuierung dieser Ausnahme liege und dass ohne diese Vorschrift die Rechtsnachfolger das Urteil gegen sich gelten lassen müssten.

Dass dies nicht richtig ist, müssen die vorstehenden Erörterungen erwiesen haben. Denn es wurde ohne jede Bezugnahme auf § 325 II CPO. dargelegt, dass die Rechtskraft dem Dritten nicht schadet, wenn er durch die Verfügung der unterlegenen Partei ein von dessen Berechtigtgewesensein nicht abhängiges Recht erworben hat oder wenn eine Belastung oder Verpflichtung, die gegenüber der unterlegenen Partei anerkannt war, infolge ihrer Verfügung untergegangen ist. Es wurde gezeigt, dass alles dies aus der richtigen Auffassung des im Absatz 1 geregelten Begriffs der Rechtsnachfolge, aus ihrer Beziehung zu der Rechtskrafterstreckung [2]) und aus den allgemeinen Grundsätzen über die zeitliche Begrenzung der Rechtskraftwirkung folgte. Dass in der einen oder anderen Beziehung eine Ausnahme stattfinde, ist nirgends gesagt. Wann aber eine Rechtsnachfolge vorliegt und wer der Rechtsvorgänger sei, das sind Fragen, die von der CPO. nicht geregelt sind, sondern sich nach dem bürgerlichen Recht beantworten. Unsere Darlegungen werden erwiesen haben, dass in Beziehung auf denjenigen, der „Rechte von einem Nichtberechtigten ableitet", die besonderen, zum Schutz des gutgläubigen Verkehrs bestimmten Vorschriften nicht eine „entsprechende", sondern direkte Anwendung ebenso finden, wie bezüglich desjenigen, der seinen Erwerb aus der Verfügung eines Nichtberechtigten deshalb ableitet, weil dieser die Genehmigung zu der Verfügung oder ein Verfügungsrecht gehabt hat.[3])

II. Für diese Auslegung spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 325 II CPO.

Der Vorentwurf des BGB. (§ 205) enthielt den Satz, dass das rechtskräftige Urteil auch für und gegen die Rechtsnachfolger und diejenigen, welche die in Streit befangene Sache für eine Partei innehaben, wirkt, „vorausgesetzt, dass die Rechtsnachfolge bezw. die Innehabung nach der Rechtshängigkeit eingetreten ist und dem Rechtsnachfolger oder Inhaber nicht Vorschriften zur Seite stehen, welche ihm selbständige Rechte verleihen". In den Motiven des Vorentwurfs (S. 90) wurde diese Bestimmung damit begründet, dass „die Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit gegen die Sondernachfolger ihre Grenze da finde, wo die Rechtsgültigkeit

2) Vgl. die Erörterung in §§ 18/9.
3) Vgl. § 27 bes. S. 185/6.



des Erwerbs durch einen Mangel im Rechte des Autors nicht berührt werde oder doch eine Verpflichtung zur Herausgabe für den Besitzer[4]) nur unter gewissen Voraussetzungen bestehe". Die Bestimmung wurde in der I. Kommission[5]) gebilligt und in derselben Weise gerechtfertigt. Auch in den Motiven zum ersten Entwurf § 192 (S. 379) findet sich fast wörtlich dieselbe Begründung. Inzwischen aber war in dem Texte der Vorschrift eine Änderung vorgenommen. In der ersten Kommission (S. 433) wurde „der Prüfung bei der Redaktion die Bemerkung vorbehalten", ob nicht die Fassung zu wählen sei: „die Vorschriften, welche zu Gunsten derjenigen bestehen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, bleiben unberührt (oder finden entsprechende Anwendung)".

In den ersten Entwurf (§ 192) ist dann die zweite Formulierung übergegangen. Man hat in der I. Kommission vielleicht angenommen, dass die beiden zur Wahl gestellten Formulierungen sich nur in der Wortfassung unterscheiden. Dies ist aber keineswegs der Fall.

Die erste Formulierung („bleiben unberührt") enthält die Bestimmung, dass die Anwendung anderer Vorschriften, welche auf den geregelten Thatbestand direkt anwendbar sind, nicht ausgeschlossen werden soll. Eine solche Bestimmung kann enthalten 1) entweder nur eine Verdeutlichung, die der Gesetzgeber gibt, um eine unrichtige Auslegung des Gesetzes zu verhüten, und dann ist sie eine Überflüssigkeit; oder 2) sie enthält die Vorschrift, dass eine generelle Norm, die auf einen bestimmten Thatbestand anwendbar ist, durch die spezielle Regelung eines Falles, der die Merkmale jenes Thatbestandes trägt, nicht ausgeschlossen werden soll, dass also die lex generalis neben der lex specialis anwendbar ist.[6]) In welchem Sinne der Ausdruck gebraucht ist, ist eine durch Auslegung zu beantwortende Frage. Immer aber bedeutet er: was das Gesetz an anderer Stelle bezüglich dieses selben Thatbestandes bestimmt hat, findet direkte Anwendung auch auf den vorliegenden Fall.

Ist aber bestimmt, dass Vorschriften entsprechende Anwendung

4) Hier werden nur einige der in Betracht kommenden Fälle in das Auge gefasst.

5) Vgl. metallographierte Protokolle S. 430.

6) So z. B. KO. § 7 I Satz 2, § 15 Satz 2. — In den Einführungsgesetzen (z. B. Art. 56 EG. z. BGB.) bedeutet der Ausdruck: Der Landesgesetzgebung wird eine Materie zur Regelung überlassen, die landesgesetzlichen leges speciales gehen dem Reichsrecht vor.



finden sollen, so wird vorausgesetzt, dass in dem zweiten Fall ein Thatbestand vorliegt, auf welchen die für den ersten Thatbestand gegebene Vorschrift nicht direkte Anwendung finden kann, weil beide verschieden sind. Entsprechende Anwendung bedeutet stets analoge Anwendung.[7])

Nun ist es klar, dass der § 205 des Vorentwurfs (oben S. 191) keine entsprechende Anwendung der in Frage stehenden Vorschriften vorschrieb. Wird ein Urteil gegenüber „den Rechtsnachfolgern" für wirksam erklärt unter der Voraussetzung, dass ihnen „nicht selbständige Rechte zur Seite stehen", so bedeutet dies nichts anderes, als: es wirkt gegen Dritte, vorausgesetzt, dass sie Rechtsnachfolger der Partei wirklich sind. Denn wenn dem Dritten „selbständige Rechte zur Seite stehen", wenn er, wie dasselbe in den Motiven zum ersten Entwurf (S. 379) und in der Denkschrift zur Novelle zu § 293c ausgedrückt wird „durch den Mangel im Rechte des Autors nicht berührt" oder gegen einen solchen Mangel „geschützt" ist, so bedeutet dies eben, dass er insoweit nicht Rechtsnachfolger der Partei ist, dass er in ihre Rechte nicht eintritt.

Wäre statt jener Fassung des § 205 des Vorentwurfs die Fassung gewählt: „Unberührt bleiben u. s. w.", so wäre hiermit dasselbe gesagt, wie mit dem: „Vorausgesetzt dass nicht u. s. w.". Nach der hier vertretenen Auffassung über das Wesen der Herleitung von Rechten vom Nichtberechtigten[8]) erscheint dieser Vorbehalt als eine überflüssige Verdeutlichung. Nur dann, wenn man den Erwerber durchaus als den Rechtsnachfolger des Nichteigentümers betrachten dürfte, würde eine Vorschrift, welche ihn gegen eine andernfalls platzgreifende Rechtskrafterstreckung schützen würde, erforderlich sein.

III. In dem Gesetz ist nun bestimmt, dass die betr. Vorschriften entsprechende Anwendung finden.

Dies bedeutet zunächst in negativer Richtung, dass es nunmehr an einer Vorschrift fehlt, welche direkt darauf hinweist, dass bei der

---

7) Diese Bedeutung hat § 135 II BGB., auf dessen Vorbild (§ 109 des Vorentwurfs) in der I. Kommission (S. 433) Bezug genommen wurde. So bestimmen §§ 932/5 über den Erwerb vom Nichteigentümer, § 135 aber über den Erwerb von dem durch ein Veräusserungsverbot in der Verfügung beschränkten Eigentümer. Die beiden Thatbestände sind verschieden, aber trotzdem sind sie in den für den § 932 in Betracht kommenden Momenten (Mangel der Verfügungsmacht) so wesensgleich, dass die Anwendung des § 932 mutatis mutandis gerechtfertigt erscheint.

8) Vgl. oben § 13, III.

Frage, ob und inwieweit der Dritte Rechtsnachfolger der Prozesspartei in Beziehung auf das streitige oder streitig gewesene, nunmehr abgeurteilte Rechtsverhältnis ist, auch die Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten zur Anwendung zu kommen haben. Müssen sie deshalb in dieser Beziehung ausser Betracht bleiben?

Meines Erachtens ist diese Frage entschieden zu verneinen. Aber die Verneinung kann nicht auf den Abs. 2 des § 325 CPO. gestützt werden. Denn er spricht von entsprechender Anwendung und diese kommt nach den bisherigen Ausführungen bezüglich der eben gestellten Frage nicht in Betracht.[9]) Vielmehr folgt die Bejahung daraus, dass die Anwendbarkeit jener materiellrechtlichen Vorschriften auf jene materiellrechtliche Frage nirgends ausgeschlossen ist und deshalb ebensowenig in Zweifel gezogen werden kann, wie das Platzgreifen der prozessualen Regel, dass die Feststellung des Urteils sich lediglich auf die Zeit der letzten Thatsachenverhandlung bezieht.

Anders verhielt es sich mit der Bedeutung des alten § 238 CPO., von welcher uns die Denkschrift zu § 293c sagt, dass der Entwurf sie durch die Vorschrift des § 293c Abs. 2 (= § 325 II) ersetzt habe. § 236 (alter Fassung) normierte die Wirkung der während des Prozesses geschehenden Veräusserung. Eine solche liegt zweifellos auch in denjenigen Fällen vor, in welchen der Erwerber durch die Mängel im Autorrechte nicht berührt wird. Demnach würde die Vorschrift, dass der Veräusserer den Prozess mit Wirksamkeit gegen den Erwerber fortführt auch in jenen Fällen Anwendung finden, wenn der § 238 nicht eine Ausnahme gemacht hätte. Diese Beschränkung der Regel der §§ 236/7 war also durchaus angebracht und sie war korrekt dahin gefasst, dass die §§ 236/7 insoweit nicht zur Anwendung kommen, als ihnen Vorschriften des bürgerlichen Rechts entgegenstehen; ebenso formuliert jetzt der § 266 II. Das ist aber nicht nur sprachlich, sondern auch sachlich etwas ganz anderes, als wenn die entsprechende Anwendung jener Vorschriften verordnet wird.[10])

IV. Nachdem festgestellt ist, was der § 325 II nicht vorschreibt, aber hierdurch auch nicht ausschliesst, ist die positive Bedeutung des

9) Mendelssohn-Bartholdy S. 432 findet in § 325 II gerade den ganz korrekten Ausdruck dafür, dass dem Dritten die Rechtskraft nicht schadet, wenn sein Erwerb „quasioriginär“ ist.

10) Vgl. näher oben § 23 III, 2 und § 25 IV.



§ 325 II, soweit er sich auf die Rechtsnachfolger bezieht, darzulegen.

Die in Frage stehenden Vorschriften setzen teils das Nichtvorhandensein eines im Grundbuch eingetragenen Widerspruchs, teils die Unkenntnis des Mangels des Autorrechts oder seiner Beschränkung oder Belastung und bei Eigentumserwerb von beweglichen Sachen auch noch das voraus, dass sie nicht gestohlen oder sonstwie abhanden gekommen sind. Sie verordnen, dass der Erwerber bei Vorhandensein des Widerspruchs bezw. der Kenntnis nur das Recht des Verfügenden erwerben kann, und dass er es so erwirbt, wie es wie bei diesem war.[10a]

Nun ist es klar, dass von der analogen Anwendung der Vorschrift, soweit sie einen Widerspruch voraussetzt, ebensowenig die Rede sein kann, wie bezüglich des Fehlers, der der Sache durch Diebstahl u. s. w. anhaftet. Wohl aber ist sie möglich, soweit auf die Kenntnis und das Kennenmüssen abgestellt wird, und hier ergibt sie folgendes Resultat. Wie die Kenntnis des Rechtsmangels u. s. w. dem Erwerber in materiellrechtlicher Beziehung entgegensteht, so wirkt auch das Urteil gegen ihn, wenn er die Rechtshängigkeit[11] gekannt hat und in den Fällen, in denen das Kennenmüssen dem Kennen gleichsteht: wenn er sie hätte kennen müssen.[12] Mit anderen Worten: dieses Kennen bezw. Kennenmüssen wird dem Kennen bezw. Kennenmüssen des Mangels gleichgestellt. Jedoch bezieht sich diese Gleichstellung nur auf den Prozess, nur auf die Rechtskrafterstreckung. Es bedeutet also nicht, dass bei Kenntnis der Rechtshängigkeit der Dritte, dem ein eingetragener Widerspruch nicht entgegensteht und der auch keine Kenntnis von dem Rechtsmangel hat, nicht das Recht erwerben könnte, sondern lediglich, dass er im Verhältnis zu dem Gegner des Veräusserers mit der Behauptung, der letztere habe ihm das Recht verschafft oder die Belastung sei untergegangen, nicht gehört wird.[13]

10a) Vgl. S. 187 f. 11) Als gegenwärtige oder vergangene.

12) Man denke an den Fall, dass der Rechtsanwalt des Klägers dem Dritten, der mit dem Beklagten in Vertragsverhandlungen wegen der vindizierten Sache steht, von der Anhängigkeit des Prozesses Mitteilung machte. Damit hat der Dritte noch keineswegs notwendig die Kenntnis von der Anhängigkeit des Prozesses. (Anders, wenn ihm der Rechtsanwalt die Urkunde über die Zustellung der Klagschrift vorweist.) Aber man wird sagen können, dass der Dritte grobfahrlässig handelt, wenn er unbekümmert um jene Mitteilung die Sache erwirbt. Glaubte er dem Rechtsanwalt nicht, so hätte er sich erkundigen müssen.

13) Er muss also das Eigentum des siegreichen Vindikanten diesem gegenüber



Diesen aus § 325 II BGB. entwickelten Rechtssatz enthielt der Vorentwurf[14]) nicht. Die Kenntnis der Rechtshängigkeit oder des abgeschlossenen Prozesses als solche schadete dem Erwerber nicht. Sie schadete ihm nur, wenn durch die Kenntnis jener Umstände die Kenntnis von dem Mangel im Rechte bezw. das Kennenmüssen begründet wurde. Jener Rechtssatz war auch in der bisherigen CPO. nicht ausgesprochen. Er ist erst dadurch in das Gesetz gekommen, dass die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten angeordnet ist.

V. Es darf noch besonders betont werden, dass hier die Bedeutung der Rechtskraft (gegenüber dem Nachfolger) keineswegs durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen der Rechtshängigkeit bedingt wird. Vielmehr bleibt es, wenn er den materiellen Rechtsmangel kannte (oder kennen musste), wenn ein Widerspruch eingetragen war oder wenn im Falle der §§ 932/4 BGB. die Sache durch Diebstahl u. s. w. fehlerhaft geworden war, bei der vollen Wirkung der Rechtskrafterstreckung. Denn diese folgt hier daraus, dass die regulären materiellen Successionsgrundsätze Platz greifen.[15])

Das Gegenteil darf nicht aus der Vorschrift des Abs. 3 des § 325 abgeleitet werden.[16]) Denn er bezieht sich lediglich auf die „Ansprüche aus einer eingetragenen Reallast, Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld“.[17]) Diese haben die Besonderheit, dass sich aus der Eintragung keineswegs der Umfang der Ansprüche vollständig ersehen lässt. Inwieweit die Zinsen gezahlt sind, welche Reallastleistungen rückständig sind, ob die persönliche Schuld (bei der der Sicherungshypothek) besteht,

---

anerkennen, er kann das Bestehen der festgestellten Grundgerechtigkeit nicht bestreiten und deshalb auch die Bewilligung der Grundbuchsberichtigung nicht verweigern. Wird aber das Urteil im Wiederaufnahmeverfahren beseitigt, so entfällt diese prozessuale Wirkung.

14) Vgl. den oben S. 191 wiedergegebenen Inhalt des § 205.

15) Vgl. oben § 27 bei Note 16, 19 und § 29 i. A.

16) Entgegengesetzt Gaupp-Stein, Bem. IV zu § 325 (nach Note 27): „Es genügt, dass sein guter Glaube sich auf die Rechtshängigkeit bezieht. Denn aus Abs. 3 ergibt sich, dass im Regelfalle auch derjenige, welcher in Kenntnis eines fremden Rechts, z. B. einer dinglichen Belastung, wirksam erworben hat, das Urteil über dieses Recht nicht gegen sich gelten zu lassen braucht, wenn er die Rechtshängigkeit des Prozesses nicht kannte“.

17) Also nicht auf Prozesse über Feststellung der Existenz oder der Rechtsgültigkeit jener Belastungen. Vgl. oben § 27 bei und in Note 18 und zu der Unterscheidung beider Klagen § 25 CPO.



ob bei einer Kautionshypothek der Höchstbetrag der eingetragenen Schuldsumme geschuldet wird und dergleichen — über alles das gibt das Grundbuch keine Auskunft. Ebenso nicht darüber, ob die Kündigung erfolgt ist. Hier handelt es sich um keine Mängel im Rechte des Autors, sondern um ganz andere Fragen. Es ist deshalb in Absatz 3 eine Sonderbestimmung bezüglich der hypothekarischen Ansprüche zu erblicken, aus welcher die von Stein gezogene Schlussfolgerung keineswegs zu entnehmen ist.[18])

Die bekämpfte Theorie würde den eingetragenen Widerspruch völlig wertlos machen. Derjenige, der ihn erlangt hat, würde genötigt sein, den Prozess von neuem zu beginnen, wenn der Inhaber das mit dem Widerspruch belastete Recht während des Prozesses an einen Erwerber veräussert, der von der Rechtshängigkeit keine Kenntnis hatte. Dabei ist zu bedenken, dass im Grundbuch die Anhängigkeit eines Rechtsstreits nicht eingetragen werden kann. Und sollte wirklich der Hypothekar, der gegen den ersten Eigentümer die Feststellung der Gültigkeit der Eintragung oder der Auszahlung der Darlehnssumme erstritten hat, von jedem neuen Eigentümer, der ohne Kenntnis jenes geführten Prozesses Rechtsnachfolger wurde, den erledigten Streit über die Gültigkeit der Eintragung nochmals durchzukämpfen haben? — Das sind Konsequenzen, die unmöglich richtig sein können.

§ 29.

3. Resultat und Konsequenzen.

I. Unsere Erörterungen haben gezeigt, dass das Gesetz nirgends den Satz enthält, dass das gegen den Autor ergangene Urteil nicht Rechtskraft gegenüber dem gutgläubigen Nachfolger schaffe. Vielmehr

18) Ebenso exzeptionell ist die Vorschrift, welche die Wirksamkeit des Urteils gegenüber dem Ersteher des subhastierten Grundstücks davon abhängig macht, dass „die Rechtshängigkeit" im Versteigerungstermin angemeldet wird. (Analog § 54 ZwVG., der die Wirksamkeit der gegenüber dem Eigentümer geschehenen Kündigung exzeptioneller Weise von der Anmeldung abhängig macht, während sie sonst gegen den neuen Eigentümer wirkt.) Wenn übrigens das Gesetz im Absatz 1 des § 325 die Rechtshängigkeit, sowohl die bestehende als die gewesene, im Sinne hat, so ist es nicht gerechtfertigt, den Abs. 3 nur auf die schwebende zu beziehen. A. M. Stein, Bem. V zu § 325, der meint, die Rechtshängigkeit könne nicht angemeldet werden, wenn der Prozess bereits rechtskräftig entschieden sei. Kann man nicht anmelden, dass der Anspruch rechtskräftig als bestehend und fällig anerkannt sei?



ist ihm gegenüber nur zu sagen: die Rechtskrafterstreckung tritt ein,[1]) aber sie schadet ihm nichts, weil die Feststellung, dass der Gegner des Veräusserers der Berechtigte war, seine jetzige Rechtsposition nicht zu erschüttern vermag. Die Rechtskraft dieser Feststellung erstreckt sich auch hier auf den Erwerber, der zwar nicht das Recht des Veräusserers, aber doch durch seine Verfügung erworben hat und demgemäss insoweit sein Rechtsnachfolger geworden ist.

Die Bedeutung dieses Satzes mag an einem Beispiel erläutert werden.

B, im Grundbuch als Eigentümer eingetragen, ist von K auf Feststellung des Eigentums und auf Herausgabe des Grundstücks belangt und im Prozess unterlegen. Ehe K die Eintragung seines Eigentums oder eines Widerspruchs erlangte, hat B das Grundstück an den X aufgelassen, der weder von der Unrichtigkeit des Grundbuchs noch von dem geführten Prozess Kenntnis hatte. War der Erwerb des X ein entgeltlicher, so kann er zwar nicht bestreiten, dass K früher der Eigentümer des Grundstücks war, aber dieser Umstand ist in seinem Verhältnisse zu K völlig bedeutungslos. Hat er aber die Auflassung unentgeltlich erlangt, so ist er nach § 816 I Satz 2 BGB. verpflichtet, dem früheren Eigentümer das durch die Verfügung Erlangte (hier also das Eigentum und den Besitz) herauszugeben. Macht nun das Urteil Rechtskraft gegen den Erwerber, so kann der X das frühere Eigentum des Siegers (K) nicht bestreiten, und demnach auch nicht seine Verpflichtung, ihm das Erlangte herauszugeben.[2])

Hieraus ergibt sich folgende Konsequenz.

1) Wenn der Sieger des ersten Prozesses gegen den Erwerber unter Berufung auf die Rechtskraft des Urteils die Behauptung aufstellt, dass das durch den besiegten Nichtberechtigten übertragene Eigentum oder sonstige Recht ihm (dem Sieger) noch zustehe oder dass die erloschene Belastung noch bestehe, so ist diese Behauptung offenbar unbegründet. Er kann also von dem unentgeltlichen Erwerber keinenfalls die Herausgabe kraft Eigentums verlangen und demgemäss ist die Klage, welche, auf die rechtskräftige Verurteilung des Veräusserers gestützt, die Ver-

1) Zu diesem Endergebnis gelangt auch Mendelssohn-Bartholdy S. 432. Aber von seinem Standpunkt der absoluten Rechtskraftwirkung aus hat jener Satz des Textes eine ganz andere Bedeutung.

2) Von diesem wichtigen Grundsatz wird später, namentlich in der Lehre vom Indossament (§ 32 nach Note 22) und bei den Besitzansprüchen (§ 51,2) noch mehrfach Gebrauch gemacht werden.



urteilung des Erwerbers zur Herausgabe begehrt,[3]) zweifellos als unbegründet abzuweisen. Aber der Veräusserer hat den Anspruch auf Herausgabe der Sache auf Grund des § 816 I Satz 2, also nicht, weil er der Eigentümer ist, sondern weil er die Rückübertragung des Eigentums fordern kann. Hält er nun, nachdem der Beklagte sich auf seinen gutgläubigen Erwerb berufen hat, seinen Antrag auf Verurteilung zur Herausgabe aufrecht, so liegt darin eine Klagänderung und es kommt darauf an, ob der Beklagte ihr nicht widerspricht oder ob das Gericht sie gemäss § 264 CPO. zulässt.[4])

2) Hat der Erwerber gegen Entgelt erworben, so kann der Satz, dass die Rechtskraft, die gegen den Verfügenden erlangt ist, gegenüber dem Erwerber wirkt, in der Regel nicht zu praktischer Bedeutung gegenüber dem Erwerber gelangen. In einem besonderen Falle ist dies aber doch möglich, nämlich bei der vertragsmässigen entgeltlichen Vermögensübernahme. Bei dieser vollzieht sich der Erwerb der einzelnen Rechte nach den Grundsätzen der Singularsuccession. Wurde nun z. B. ein Grundstück mitübernommen und war der Übergeber unrichtigerweise im Grundbuch als Eigentümer eingetragen, so macht die Auflassung (unter der Voraussetzung des § 892 BGB.) den Übernehmer zum Eigentümer. Nun kann es aber sein, dass gegen den Übergeber wegen der Art, wie er die Eintragung als Eigentümer erlangte, Ansprüche auf Schadensersatz begründet sind.[5]) In diese Ansprüche succediert der Übernehmer. Werden sie gegen ihn geltend gemacht und ist hierbei die gegenüber dem Übergeber entschiedene Frage, ob der Dritte der Eigentümer war, als Vorfrage von Bedeutung, so kann der Übernehmer den Anspruch nicht deshalb bestreiten, weil der Kläger Eigentum nicht gehabt habe. Ebenso nutzt ihm umgekehrt auch die gegenüber dem Übergeber ausgesprochene rechtskräftige Verneinung des Eigentums.

II. Nach der hier vertretenen Auffassung geht das Recht, welches der gutgläubige Erwerber auf Grund eines mit dem Nichtberechtigten

3) Die Klage des Textes ist die sog. Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel gemäss § 731 CPO., vgl. Anspr. u. Klagr. S. 172 f.

4) Eine zweite, selbständig zu prüfende Frage ist die, ob das Gericht, welches gemäss § 731 CPO. angegangen wurde, für den Bereicherungsanspruch zuständig ist. Die Klagänderung kann das Gericht zulassen, über seine Unzuständigkeit kann es sich nicht hinaussetzen, wenn der Beklagte sie gerügt hat.

5) Ebenso kann gegen den Vermögensübergeber ein Anspruch begründet sein, weil er die dem Übernehmer zu Eigentum übergebene Sache anvertraut erhalten hat.



wirksam geschlossenen Übertragungsgeschäfts erhält, von dem Berechtigten auf den Erwerber über. Hieraus ergeben sich wichtige Konsequenzen bezüglich der Rechtskraft, wenn dieser Berechtigte über sein Recht einen Prozess geführt hatte.

1) Zweifellos nützt und schadet dem Erwerber die Rechtskraft, wenn er sich darauf stützt und stützen muss, dass der Nichtberechtigte über das Recht eines bestimmten Dritten verfügt hat und wenn zwischen diesem Dritten und dem jetzigen Prozessgegner des Erwerbers über das Bestehen oder den Umfang des übertragenen Rechts entschieden worden ist. Hat z. B. die im gesetzlichen Güterstande lebende Ehefrau vor der Ehe [6]) über eine Forderung einen Prozess mit dem Schuldner oder mit einem Prätendenten geführt und hat der Ehemann (suo nomine) die Forderung mit Zustimmung der Frau abgetreten, so wirkt das Urteil zwischen dem Cessionar, der ja das Recht aus der Verfügung des Mannes von der Frau herleitet, einerseits und deren früherem Gegner anderseits. Hat der Verkaufskommittent oder wer sonst einem Nichtberechtigten die Zustimmung zur Veräusserung gegeben hat, die Feststellung seines Rechts erstritten, so schlägt der Erwerber den von dem Kommittenten besiegten Prozessgegner mit der Berufung auf die Rechtskraft zurück. Hat der Eigentümer eines Grundstücks die Feststellung einer Grundgerechtigkeit erstritten und wird das Grundstück nun subhastiert, so kann sich der Ersteher auf die von dem Subhastaten erlangte Rechtskraft berufen.

2) Nicht so einfach liegt die Sache, wenn bei der Verfügung ein bestimmter Dritter als der Inhaber des übertragenen Rechts nicht bezeichnet wurde, wenn vielmehr der Verfügende selbst als dieser Inhaber auftrat. Hier wird der Erwerber in der Regel gar kein Interesse daran haben, nachzuforschen und aufzudecken, welcher Dritte der Berechtigte war, dessen Recht durch den Nichtberechtigten auf ihn übertragen wurde. [7])

Es lassen sich jedoch auch andersgelagerte Fälle denken. Man

---

6) Bei dem nachher begonnenen Prozess ist die Voraussetzung, dass die Frau mit Zustimmung des Mannes prozessiert hat (§ 1400 II BGB.).

7) So z. B. wenn A eine ihm von B übergebene (nicht abhanden gekommene) Sache im eigenen Namen an den X verkauft hat und zwischen dem B und dem C ein Prozess über das Eigentum an der Sache geführt war. War B der Eigentümer, so ist sein Eigentum auf den X übergegangen; war es der C, so dessen Eigentum u. s. w.



nehme etwa an, dass ein Darlehnsgeber gegen den Nehmer auf Feststellung der Darlehnsschuld oder gegen einen Forderungsprätendenten auf Feststellung seiner Gläubigerschaft geklagt und ein obsiegliches Urteil erstritten hat. Nach seinem Tode hat ein mit einem Erbschein ausgerüsteter falsus heres einem Dritten die Forderung als eine ihm (dem falsus heres) zustehende abgetreten. Die Folge dieser Verfügung ist, dass der Cessionar das dem verus heres zustehende Forderungsrecht erwirbt; letzterer — mittelbar also dessen Erblasser — ist der Rechtsvorgänger des Dritten und der Cessionar kann sich deshalb auf das Urteil gegenüber jenen Prozessgegnern berufen, ebenso, wie sie ihm entgegenstehen würde, wenn des Erblassers Klage als unbegründet zurückgewiesen wäre.[8])

Ein anderes Beispiel. An Stelle des bisherigen Eigentümers hat ein falsus heres die grundbuchmässige Eintragung erlangt und dann das Grundstück einem Käufer aufgelassen. Dieser geniesst die Rechtskraft nicht nur aus den Prozessen, die der falsus heres geführt hat,[9]) sondern auch aus den Urteilen, die gegenüber dem Erblasser und dessen Rechtsvorgängern ergangen sind. Man denke etwa an den Fall, dass der Gestorbene einen Prozess über die Rechtsgültigkeit einer für das Grundstück eingetragenen Grundgerechtigkeit oder über die Existenz oder den Umfang einer von dem Dritten prätendierten Belastung des Grundstücks oder über einen Nachbarrechtsstreit geführt hat. Würde im Widerspruch mit diesem Urteil, welches der Erblasser erstritten hat, der besiegte Gegner den Prozess mit dem Käufer erneuern, so stände diesem die Rechtskraft zur Seite: ein Ergebnis, welches nur von der Auffassung aus gewonnen werden kann, dass der Erblasser der mittelbare Rechtsvorgänger des Käufers ist. Ebenso kann diesem die Rechtskraft aus den Urteilen des Erblassers entgegenstehen; sie steht ihm entgegen, wenn der Käufer bezüglich der Belastung nicht im guten Glauben war, unbedingt aber dann, wenn das Grundbuch wegen der — nicht eingetragenen — Belastung einen Widerspruch enthält. In diesem letzteren Fall kann je nach dem Inhalt des gegenüber dem Erblasser

8) Wer das letztere annimmt, muss das erstere ebenfalls zugeben. Denn es ist kein Grund zu ersehen, aus dem hier ein Unterschied zwischen der Wirkung des günstigen und des ungünstigen Urteils bestehen sollte. (Im Texte wird vorausgesetzt, dass der verus heres einen siegreichen Prozess mit dem falsus heres geführt hatte, dass aber dem Cessionar das Urteil, welches dem Kläger das Erbrecht zusprach, nicht bekannt war.)

9) Vgl. darüber oben § 27 III, 1, S. 185.



ergangenen Urteils entweder der Käufer Löschung des Widerspruchs oder der Dritte die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung desjenigen Rechts verlangen, zu dessen Erhaltung der Widerspruch eingetragen wurde.

Supponieren wir, dass die wegen dieser Belastung gegen den Erblasser anhängig gemachte Klage (auf Feststellung und Berichtigungsbewilligung) bei dem Tode des Erblassers noch anhängig war, so würde der Käufer berechtigt und verpflichtet sein, den Prozess zu Ende zu führen.[10]) Denn der Erblasser ist der mittelbare Rechtsvorgänger des Käufers, obwohl dieser das Eigentum aus der Verfügung des falsus heres erlangt hat.

---

10) Denkbar wäre auch folgende Komplikation: Der verus heres hatte den gegen den Erblasser bereits anhängigen Prozess über eine Grundgerechtigkeit aufgenommen, als der mit falschem Erbschein ausgerüstete falsus heres das Grundstück veräusserte. Der Erwerber hat den Prozess gemäss § 266 CPO. zu übernehmen. Ebenso natürlich, wenn der falsus heres selbst den Prozess bereits aufgenommen hatte.

V. Abschnitt.

Die einzelnen Fälle der Gesammtnachfolge.

§ 30.

1. Gesammtnachfolge infolge Wegfalls des Vermögenssubjekts. Veräusserung eines Erbteils.

I. Die Gesammtnachfolge (Universalsuccession) charakterisiert sich wie das BGB. § 1922 in Beziehung auf einen einzelnen Fall derselben zu erkennen gibt, dadurch, dass ein Vermögen als Ganzes auf einen Anderen übergeht. Als Ganzes: d. h. nicht etwa als die Summe der einzelnen Rechte, so dass also der Unterschied gegenüber der Übereignung einzelner Vermögensstücke nur ein quantitativer wäre, sondern als eine rechtliche Einheit, so dass der Erwerb der einzelnen Rechte als die Konsequenz eines einheitlichen Erwerbsakts behandelt wird und in Beziehung auf die Art, wie die Nachfolge eintritt, ein durchgreifender Unterschied besteht. Per universitatem und so also uno actu und unter Wegfall der Formen, in denen sich die Singularsuccession zu vollziehen hat, tritt der Gesammtnachfolger in die Rechte ein, welche den Gegenstand der Universalnachfolge bilden.[1])

II. Im heutigen Recht kommen als Gesammtnachfolger zunächst in Betracht 1) der Erbe, 2) derjenige, dem das Vermögen einer weggefallenen juristischen Person „anfällt" (§§ 45, 88). Zweifellos ist dies be-

1) Mit der Gesammtnachfolge ist stets der Eintritt in die auf dem Vermögen lastenden Schulden verbunden. Aber weder diese Schuldsuccession noch der Eintritt eines Schuldnerwechsels gehören zu den besonderen Merkmalen der Gesammtnachfolge. Dies ist unten § 45 näher zu begründen.



züglich des Fiskus (§ 46), bezüglich der Zwangsinnung als der Quasierbin des Vermögens einer geschlossenen Innung,[2] ferner wenn das Vermögen einer Aktiengesellschaft von dem Reiche, einem Bundesstaate oder einem inländischen Kommunalverband übernommen wird.[3] Aber auch dann, wenn andere Personen in Betracht kommen, fällt ihnen das Vermögen deshalb nicht weniger mit einem Mal an, weil es nicht alsbald in ihre Verwaltung gelangt, sondern von den Liquidatoren als ein selbständiges, der Verfügung des Quasierben entzogenes Sondervermögen nach denselben Grundsätzen verwaltet wird, wie wenn die erloschene juristische Person noch fortbestände.[4] Als eine Anwendung dieses Prinzips erscheint die Bestimmung des § 306 HGB.: infolge Eintragung des Fusionsbeschlusses (also uno actu) gilt auch hier das Vermögen auf die übernehmende Aktiengesellschaft als übergegangen[5] und das besondere ist nur, dass diese selbst es als ein selbständiges, ausschliesslich den Gäubigern der erloschenen Gesellschaft haftendes Sondervermögen zu verwalten hat.[6] 3) Auch dann, wenn die Übernahme der selbständigen Vermögensmasse, als welche sich das aufgegebene Grundstückseigentum mit seinen Accessionen und Surrogaten darstellt, durch Eintragung des Fiskus vollzieht, tritt dieser mit einem Male in die Rechtsverhältnisse dieser Vermögensmasse ein und überkommt die auf ihr ruhenden Verpflichtungen.[7]

Nach dem System des BGB. wird die Erbschaft von Rechts wegen von dem Berufenen erworben, aber mit Ausnahme des Falls, dass sie an den Fiskus fällt, ist dieser Erwerb noch kein definitiver. Der Eintritt in die Erbschaftsverhältnisse wird zu einem vollendeten erst durch die Erbschaftsannahmeerklärung oder durch das Verstreichen der Ausschlagungsfrist. Es handelt sich hier um einen anderen Rechtsvorgang, als wie bei dem Erwerb, der unter einer auflösenden Bedingung

2) GewO. § 100k.

3) HGB. § 304, nam. Abs. 5 („Der Übergang des Vermögens einschliesslich der Schulden gilt als erfolgt").

4) Dieser von mir im Anschluss an Gierke vertretenen Ansicht (Vertr. S. 393f.) stimmt zu Hölder, Erl. 1 zu § 45 BGB. Die herrschende Meinung sieht in der „Ausantwortung" des Vermögens die Übertragung der übrig gebliebenen Vermögensbestandteile nach den Grundsätzen der Singularsuccession.

5) HGB. § 306 verbunden mit § 304 V.

6) HGB. § 306 II—VI.

7) Vgl. unten § 40, III.

gemacht wurde. Hier tritt der Erwerber in das übertragene Recht ein, und auch dann, wenn das Gesetz Rückwirkung statuiert hätte, würde seine Stellung von der des Erben (vor der Erbschaftsannahme) immer noch gründlich verschieden sein. Materiell bedeutet die Ausschlagung der Erbschaft nicht die Rückgängigmachung eines eingetretenen Erwerbs,[7a]) sondern die Ablehnung der Perfektion eines angetragenen Erwerbs. In einer Reihe von Bestimmungen, namentlich in §§ 517, 1406 Nr. 1, 1453 I BGB. und in § 9 KO. kommt dies zum deutlichen Ausdruck.

Hiernach kann auch keine Rede davon sein, den an zweiter Stelle Berufenen als den Rechtsnachfolger des Ausschlagenden zu betrachten. Er ist der unmittelbare Nachfolger des Erblassers. Dass es sich so verhält, kommt gerade auch durch die die Prozessführung des provisorischen Erben regelnde Bestimmung des § 1958 BGB. zum klaren Ausdruck. Auch Prozessakte, welche während der Schwebezeit gegenüber dem Interimserben vorgenommen werden, haben prinzipiell [7b]) gegenüber dem definitiven Erben keine Wirksamkeit. Würde etwa gegen den Interimserben ein Versäumnisurteil ergangen und rechtskräftig geworden sein, so kann der definitive Erbe es einfach ignorieren. Denn aus § 1958 BGB. erhellt, dass dem belangten Interimserben nicht etwa nur eine Einrede zusteht, sondern dass ihm die Sachlegitimation fehlt. Man „kann" gegen ihn vor der Annahme nicht prozessieren. Geschieht es dennoch, so ist es gegenüber dem anderen definitiven Erben geradeso wirkungslos, als wenn ein sonstiger beliebiger Dritter prozessiert hätte. Will der Gegner vor der Erbschaftsannahme über Nachlassverhältnisse prozessieren, so hilft ihm vollkommen die Bestellung eines Nachlasspflegers, der als Vertreter des Nachlasses die Sachlegitimation besitzt, die dem Interimserben fehlt.[8])

7a) Wie solche in der That vorliegt, wenn der definitive Erbschaftserwerb „angefochten" oder durch Erbesunwürdigkeitserklärung rescindiert wird. Vgl. dazu oben §§ 15, 16.

7b) Über die Frage, ob der Interimserbe nicht trotzdem, dass er die Sachlegitimation nicht besitzt, nach Massgabe der Ausnahmebestimmungen des § 1959 BGB. mit Wirkung gegen den definitiven Erben prozessieren kann, vgl. Anspr. u. Klagr. S. 225f.

8) Die von Strohal, Erbr. 2. Aufl. S. 320 Note 23, gegen die im Text bezeichnete Auffassung vorgebrachten Gründe berühren meine Hauptargumente, namentlich das im Text bezeichnete, nicht, sondern nur eine Konsequenz (bezüglich der Vollstreckbarkeit). Ich glaube aber auch dabei stehen bleiben zu müssen, dass es nicht angängig ist, dem Gerichtsvollzieher die Entscheidung der Frage zu überlassen, ob der ihm von dem Gläubiger bezeichnete, in der vollstreckbaren Ausfertigung nicht genannte Dritte wirk-



III. In diesen Fällen ist die Universalsuccession mit dem Wegfall des bisherigen Vermögenssubjekts verbunden und sie ist eine universelle auch in dem Sinne, dass sie das gesammte Vermögen ergreift. Im modernen Rechte gibt es aber sehr zahlreiche Fälle, welche in der einen oder in der anderen Richtung oder in beiden genannten Beziehungen abweichend gestaltet sind.[9]) Hierher gehören die Veräusserung eines Erbteils, die Nacherbfolge und verwandte Erscheinungen, der Eintritt der ehelichen Gütergemeinschaft und die fortgesetzte Gütergemeinschaft. Hierüber soll in den folgenden Paragraphen näher gesprochen werden. Zunächst aber sind einige Bemerkungen vorauszuschicken.

1) Keine Universalnachfolge in Rechte begründet die sonstige Veräusserung eines Komplexes von Vermögensrechten, und zwar selbst dann nicht, wenn diese das ganze gegenwärtige Vermögen des Veräusserers oder ein Sondervermögen darstellen, so namentlich nicht die in § 419 BGB. bezüglich der Schuldsuccession geregelte Vermögensübernahme, ebenso nicht die Veräusserung der Erbschaft (§ 2371 f.) oder die Übernahme des Handelsgeschäfts, obwohl diese Rechtsgeschäfte die Haftung wegen der auf dem übernommenen Vermögen lastenden Ansprüche begründen.[10])

2) In diesem Zusammenhang ist auch die Frage zu betrachten, welche Bedeutung der Austritt eines Gesellschafters hat.

---

lich der Erbe ist. Nach der Ansicht von Eccius und Strohal würde die Vollstreckung ohne weiteres gegen ihn sich vollziehen, wenn nur der Gerichtsvollzieher die Ansicht gewonnen hätte. dass er der Erbe sei. Hat der gesetzliche Vertreter prozessiert, so ist derjenige, gegen den sich die Vollstreckung richten soll, namentlich bezeichnet. Hier aber würde die Partei anonym sein und das Vollstreckungsorgan hätte erst zu prüfen, wer sie sei. Das ist m. E. ganz unmöglich. — Vgl. auch unten § 33 Note 13, 25.

9) Der Art nach sind diese Abweichungen schon dem römischen Rechte bekannt. a) Ohne Wegfall tritt eine Universalsuccession ein bei der bonorum emtio (zutreffend von Kipp bei Windscheid I § 64 Note 5 hervorgehoben), ebenso bei der arrogatio und der confiscatio bonorum und eigentlich doch auch dann, wenn der Fiskus eine ihm angefallene Erbschaft veräussert. b) In den beiden Richtungen (des Textes) hat das römische Recht schon eine Abweichung, wenn der heres fiduciarius die Erbschaft dem Fideikommissar restituiert. c) Die bonorum emtio bietet auch dadurch ein besonderes Interesse, dass der Successor nicht in die volle Schuldenhaftung eintritt, sondern nur nach Massgabe der gebotenen Prozente der Passivmasse haftet. Da diese Prozente den Schuldenstand jedenfalls nicht überschritten haben werden, haben wir also die beschränkte Schuldenhaftung in eigenartiger Gestalt.

10) Die Bestimmung, dass die Summe aller cessiblen Rechte auf die Stiftung ohne Abtretungsvertrag übergeht (§ 82), macht die Stiftung nicht zum Gesammtnachfolger. (Vgl. auch § 25 I Satz 2 HGB.) Ist das gesammte Vermögen des Stifters zugewendet (etwa gegen eine Leibrente), so ist sie Vermögensübernehmerin im Sinne des § 491 BGB.



a) Wird ein Gesellschafter ausgeschlossen oder scheidet er vereinbarungsgemäss aus, so wächst sein Anteil am Gesellschaftsvermögen (und somit auch „an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen“[11]) den übrigen Gesellschaftern zu (BGB. § 738). Hiermit ist für die bezeichneten Fälle ganz zweifellos die Gesammtnachfolge der verbleibenden Gesellschafter in den Anteil, den der Ausscheidende an dem gesellschaftlichen Sondervermögen hatte, anerkannt[12]) Der Grund dieser eigenartigen Universalsuccession ist teils die Vereinbarung der Parteien,[13]) teils richterliches konstitutives Urteil.[14])

b) Bei der bürgerlichen Gesellschaft begründet die Aufnahme eines neuen Gesellschafters[15]) eine Universalsuccession zweifellos nicht. An den Rechten, die den bisherigen Gesellschaftern als solchen zustanden, erlangt der Eintretende einen Anteil nur im Wege der Singularsuccession. — Das HGB. enthält keine ausdrückliche Vorschrift über die Zulässigkeit des Eintritts eines neuen Gesellschafters, setzt sie aber in § 130 als selbstverständlich voraus. Der Unterschied von der Vermehrung der Zahl der bürgerlichen Gesellschafter liegt darin, dass das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft ein selbständiges Sondervermögen darstellt und sonach wie eine juristische Person behandelt wird.[16]) Nimmt nun der rechtsfähige Verein ein neues Mitglied auf, so liegt hierin zweifellos überhaupt keine Succession, da das Vereinsvermögen den Mitgliedern nicht gehört. Das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft gehört aber den Gesellschaftern, obwohl es von ihrem übrigen Vermögen

---

11) BGB. § 719 I.

12) A. M. bisher das RG. 35 S. 389 und eine verbreitete Meinung. Vgl. neuestens Knoke. Das Recht der Gesellschaft S. 128f. (meine Ausführungen in Anspr. u. Klagr. § 29 und § 37f. sind von ihm nicht berücksichtigt).

13) Also eine Veräusserung im Sinne des BGB. (vgl. oben § 21 II). Ist die Vereinbarung derart getroffen, dass erst mit dem Eintritt bestimmter Ereignisse (BGB. §§ 736/7, HGB. §§ 138/9) das Ausscheiden (also auch das Anwachsen) geschehen soll, so ist die Vereinbarung eine bedingte. Eine „Veräusserung“ liegt nichts destoweniger vor. A. M. Staub, Anm. 3 des Exkurses zu § 141 HGB. und ebenso Knoke a. a. O. S. 129. Vgl. dagegen Anspr. u. Klagr. S. 281f., 291 Note 22.

14) Nach dem oben § 21 II Ausgeführten gilt § 265 CPO. auch in solchem Falle der Rechtsnachfolge.

15) Ob sie überhaupt statthaft ist, ist eine bestrittene, m. E. zu bejahende Frage. Die verneinende Ansicht nimmt Auflösung mit Neugründung an. Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 282 Note 10 c. cit.; bejahend auch Gierke, Verein ohne Rechtsfähigkeit S. 18f., verneinend Knoke S. 131 2.

16) So jetzt auch Dernburg, BR. II § 365 S. 558.

völlig getrennt ist. Sonach bedeutet auch die Aufnahme eines neuen Gesellschafters eine direkte, sich uno actu vollziehende Anwachsung, obwohl während bestehender Gesellschaft nach wie vor lediglich die Firma als das berechtigte Subjekt der Gesellschaftsrechte behandelt wird und die Anteilsrechte der einzelnen nach aussen hin in keiner Weise hervortreten. Mit der sich durch den Eintritt vollziehenden Vergemeinschaftung verbindet sich der Eintritt in die Haftung für die Gesellschaftsschulden und zwar mit der durch § 130 HGB. sanktionierten Besonderheit, dass die Haftung eine persönliche ist.[17])

IV. Eine partielle Gesammtnachfolge in das Vermögen eines Lebenden und kraft rechtsgeschäftlicher Verfügung wird dadurch begründet, dass ein Miterbe „seinen Anteil an dem Nachlasse“ (§ 2033) auf einen Dritten oder auf seinen Miterben überträgt.[18])

Objekt dieser Rechtsnachfolge ist die dem Miterben erworbene Erbschaft zu der ihm zustehenden Quote.[19]) Der Erwerber ist also Successor des Miterben, und so bleibt die etwa von dessen Gläubiger erwirkte Pfändung des Anteils ebenso in Kraft, wie auch der § 325 I CPO. Anwendung findet, wenn der Miterbe vor der Veräusserung einen Prozess mit anderen Erbprätendenten über sein angebliches Miterbenrecht begonnen hatte oder wenn der Veräusserer gemäss § 2039 einen Anspruch gegen einen Erbschaftsschuldner eingeklagt hatte.[20]) — Mit diesem uno actu erfolgenden Erwerb des Anteils, den der Veräusserer an den einzelnen

---

17) Bei dem Eintritt in einen nicht-rechtsfähigen Verein entfällt diese persönliche Haftung. Die beschränkte Haftung nach Analogie des § 419 BGB. aber wird dadurch nicht ausgeschlossen. (Vgl. auch Dernburg, BR. II § 332 Nr. III, Knoke, S. 129 c. cit.)

18) Wohl zu unterscheiden ist diese Übertragung von der Ausschlagung (der noch nicht angenommenen Erbschaft). Letztere kann auch zu dem Zweck geschehen, dass der Miterbe die ausgeschlagene Quote kraft Anwachsung erwirbt und es ist auch nicht ausgeschlossen, dass die Ausschlagung gegen Entgelt geschieht. Besteht dieser in dem Werte des Erbteils, so liegt wirtschaftlich dasselbe Geschäft vor, wie ein Verkauf im Sinne des § 2033. Juristisch sind die Geschäfte sehr verschieden.

19) Dass solche Anteilsrechte vorhanden sind, beweist neben anderen (vgl. auch CPO. § 859 II, § 2040 BGB.) gerade der § 2033. Die Gemeinschaft zur gesammten Hand charakterisiert sich dadurch, dass in der Regel über das vorhandene Anteilsrecht ebensowenig wie über die Anteile an den einzelnen Gegenständen verfügt werden kann. Wären die Anteile nicht vorhanden, so wären die einschlägigen Verbote des Gesetzes sinn- und gegenstandslos.

20) Es fehlt in dem Gesetz jeder Anhalt für die Meinung, dass der Erwerb des veräussernden Miterben als nicht eingetreten zu betrachten sei. Aber auch wenn dies der Fall wäre, würde es bei der Rechtskrafterstreckung verbleiben. Vgl. oben § 15,6.

Nachlassgegenständen hatte, verbindet sich einerseits der Eintritt in die Schuldenhaftung und anderseits die Befreiung des Veräusserers, falls er nicht aus besonderen Gründen haftbar geworden ist.[21])

Durch die Übertragung des Anteils an einen Dritten ist dieser Rechtsnachfolger des veräussernden Miterben geworden. Richten nun die Miterben an den Käufer die Erklärung, dass sie das Vorkaufsrecht ausüben und geht hierdurch der verkaufte Anteil auf die Miterben über,[22]) so sind sie Rechtsnachfolger des Käufers. Auch hier bietet das Gesetz keinerlei Anhalt für die Meinung, dass der Erwerb des Käufers rückwärts als nicht eingetreten zu gelten habe. — Demnach tritt die Erstreckung der Rechtskraft auf die ihr Vorkaufsrecht ausübenden Miterben ein, soweit der Käufer über Rechtsverhältnisse prozessiert hat, in welche die Miterben succediert sind.[23]) Umgekehrt ist ein weiterer Erwerber (§ 2037) gegen die Behauptung eines Vorkaufsrechts durch die Rechtskraft geschützt, wenn die Miterben gegenüber seinem Vormann unterlegen sind.

---

21) Diese privative Schuldsuccession (§ 2037) und der Terminus „Übertragung des Anteils“ widerlegen die Ansicht von Wendt, Archiv 89 S. 420f., der in der Veräusserung nur eine Übertragung des Auseinandersetzungsanspruchs finden will. Dagegen auch Strohal, Erbr. 2. Aufl. S. 345/6. Die nach dem BGB. eintretende Rechtsfolge unterscheidet sich von der cessio hereditatis legitimae dadurch, dass letztere den Erwerber nur dann an die Stelle des Berufenen treten liess, wenn die hereditas nondum adita war. Die cessio war eine Übertragung des Erbrechts (im Sinne des Antretungsrechts), die Verfügung des § 2033 ist eine direkte Übertragung des Anteils an der erworbenen Erbschaft. — Alle anderen, als die in § 2033 bezeichneten Erbschaftsveräusserungen begründen nur Singularsuccessionen, obgleich der Eintritt in die Schuldenhaftung sich uno actu vollzieht (§ 2382).

22) Diese direkte Wirkung der Erklärung war von der II. Komm. (Prot. Bd. 5 S. 840f.) gewollt und wird von der herrschenden Meinung angenommen. (Vgl. Planck zu § 2035.) Ob sie im Gesetz genügenden Ausdruck gefunden hat, ist keineswegs zweifellos. (Dagegen mit guten Gründen Strohal, Erbr. 2. Aufl. S. 349 Note 24.) Denn auch im Sinne des § 2033 ist zwischen dem Versprechen, verfügen zu wollen, und zwischen der Verfügung deshalb nicht weniger zu unterscheiden, weil die Übertragung keiner anderen Form bedarf, als die Übernahme der Übertragungsverpflichtung. Für unsere Untersuchung ist die Frage bedeutungslos, da es in Ansehung der Rechtskraft keinen Unterschied begründet, ob ein Rechtsübergang kraft Gesetzes oder durch Rechtsgeschäft herbeigeführt wird. Relevant ist die berührte Frage nur für das Datum des Eintritts der Rechtsnachfolge.

23) So z. B. wenn der Käufer gegen einen Erbschaftsschuldner gemäss § 2039 BGB. prozessiert hat.

§ 31.

2. Die eheliche Gütergemeinschaft.

Sehr interessante Erscheinungen von Gesammtnachfolgen bietet die Materie der allgemeinen Gütergemeinschaft.

I. Werden infolge der Vereinbarung dieses Güterrechtssystems die einzelnen Gegenstände, die zur Zeit des Eintrittes seiner Wirksamkeit das Vermögen des Mannes bezw. der Frau bilden, gemeinschaftliches Vermögen der Ehegatten, ohne dass es einer Übertragung nach den Grundsätzen der Singularsuccession bedarf,[1]) so liegt eine Gesammtnachfolge in das Vermögen eines Lebenden vor. Man kann sie nicht deshalb leugnen, weil einzelne Gegenstände von der Vergemeinschaftung ausgeschlossen sein können, und auch nicht deshalb, weil die Wirkung des Ehevertrags sich in der Vergemeinschaftung des vorhandenen Vermögens nicht erschöpft, sondern sich auch auf die Zukunft derart erstreckt, dass jeder Ehegatte kraft Rechtsnotwendigkeit das, was er an und für sich allein erwerben würde, für sich und den anderen Ehegatten erwirbt.[2]) — Mit dieser Gesammtnachfolge ist die Wirkung verbunden, dass jeder Ehegatte in die vorhandenen Schulden des anderen eintritt, der Ehemann so, dass er bis zur Aufhebung der Gemeinschaft auch persönlich für die Schulden der Frau, die Gesammtgutsschulden[3]) sind, haftet (§ 1459 II), die Ehefrau aber nur als beschränkt haftende Schuldnerin.[4])

Bei der Fahrnisgemeinschaft gelten die entsprechenden Grundsätze mit der Abweichung, dass die Vergemeinschaftung nur bezüglich der Fahrnis (§ 1551) eintritt.

II. In der Ausgestaltung der fortgesetzten allgemeinen Gütergemeinschaft gewährt das BGB. ein Beispiel für die Erscheinung, dass das Vermögen eines Verstorbenen sich in verschiedene Vermögensgesammtheiten

1) So bestimmt § 1438 BGB.

2) Naheliegend ist die Vergleichung mit dem römischen Hauskind der älteren Zeit, insofern dieses aus den suo nomine geschlossenen Erwerbsgeschäften den pater familias berechtigte.

3) Also für alle ihre Schulden, welche zur Zeit der Vergemeinschaftung bestehen.

4) CPO. § 743 spricht die prozessuale Konsequenz dieses Satzes für die Zeit aus, in welcher der Mann nicht mehr das Verwaltungsrecht bezüglich des Anteils der Frau besitzt. Vgl. unten § 45/6.



spaltet und dass in diese Einheiten uno actu verschieden gestaltete und von einander ganz unabhängige Successionen [5]) stattfinden.[6])

1) Das Vorbehaltsgut (§ 1440) und das Sondergut (§ 1439) des Verstorbenen bilden die eine Vermögensmasse,[7]) in welche die Beerbung nach den allgemeinen Grundsätzen stattfindet. Die andere Vermögenseinheit bildet der Anteil des Verstorbenen am Gesammtgut und in diese erfolgt die Beerbung nach besonderen Grundsätzen. Daraus, dass die eheliche Gütergemeinschaft nach den Grundsätzen der gesammten Hand organisiert ist, lässt sich ein Gesichtspunkt, der zur Erklärung der Eigenart dieser besonderen Grundsätze ausreichend wäre, nicht gewinnen. Auch das Miterbenverhältnis ist ein Gesammthänderverhältnis; aber der Erbe eines vor der Teilung verstorbenen Miterben succediert in den gesammten Nachlass und so auch in den Anteil, den der Erblasser an der gemeinschaftlichen Erbschaft hatte, und für eine spezielle Universalsuccession in diesen ist kein Raum. Anderseits findet sich eine solche bei der Vorerbschaft und in anderen Fällen, in denen hinwiederum von einem Gesammthänderverhältnis keine Rede ist.[8]) — Ebenso hängen die besonderen Grundsätze, mit denen wir uns zu beschäftigen haben, mit der Qualität des Gesammtguts als eines Sondervermögens in keiner Weise zusammen.

2) Versteht man unter Nachlass dasjenige Vermögen, welches einem Gestorbenen zustand, so bilden die beiden Massen, in welche sich das Vermögen des verstorbenen Ehegatten spaltet, seinen Nachlass: das von ihm nachgelassene (zurückgelassene) Vermögen. Versteht man aber unter Nachlass nur dasjenige Vermögen, in welches die Beerbung nach den Grundsätzen des 5. Buchs des BGB. stattfindet, so kann man sagen, dass der Anteil am Gesammtgut „nicht zum Nachlass gehört". In diesem

---

5) Stobbe, DPR., V § 278 a. E. nennt sie spezielle Universalsuccessionen oder Spezialsuccessionen. Dass im Sinne des römischen Rechts eine Universalsuccession nicht vorliege, weil Gegenstand der Nachfolge nicht das gesammte Vermögen sei, wäre nur dann richtig, wenn die Nachfolge des Universalfideikommissars nicht als Universalsuccession betrachtet werden dürfte.

6) Um auf die Vermehrfachung, in der diese Erscheinung vorkommen kann, hinzuweisen, sei angenommen, dass der verstorbene Ehemann Fideikommissinhaber war (s. unten § 34) und auch noch eine Erbschaft gemacht hatte, welche mit seinem Tode an einen Nacherben fällt (s. unten § 32/3).

7) Sie ist sein freies Vermögen: frei in Ansehung der Erbfolge, welche der Ehegatte nach Belieben bestimmen kann.

8) Das Gesagte gilt ebenso für die Beerbung eines Gesellschafters im Falle des § 727 I BGB. Sein Erbe setzt an Stelle des Erblassers das Gemeinschaftsverhältnis fort.



Sinne ist der § 1483 I Satz 2 und § 1490 Satz 1 zu verstehen. Sind aber neben gemeinschaftlichen Abkömmlingen noch andere Kinder vorhanden, so ist zu sagen: der Anteil gehört den letzteren gegenüber zum Nachlass, den gemeinschaftlichen Kindern gegenüber aber gehört er nicht dazu.[9])

Eine Beerbung findet bezüglich beider Vermögenseinheiten statt, wenn wir unter Beerbung den Eintritt des Überlebenden in das nachgelassene Vermögen verstehen. Dieser Sprachgebrauch liegt auch dem § 1483 I Satz 2 zweiter Halbsatz zu Grunde.[10]) Wäre unter Beerbung nur die sich nach den Grundsätzen des 5. Buchs vollziehende Erbfolge zu verstehen, so hätte es gar keinen Sinn, wenn das Gesetz sagt: sie „erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften". So geht denn gerade aus den Worten des Gesetzes hervor, dass die Beerbung in unserem Fall einerseits die nach den Normen des 5. Buchs, anderseits aber auch die nach den besonderen Vorschriften der §§ 1483 ff. stattfindende Rechtsnachfolge bedeutet.[11])

Richtig ist, dass das Wesen der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht lediglich aus dem Gesichtspunkt der Rechtsnachfolge bestimmt werden kann. Das ist hier ebensowenig möglich, wie bei der Gütergemeinschaft unter Ehegatten. Ihre Bedeutung liegt sowohl inter vivos wie auch im Falle des § 1483 BGB. nicht nur in der Vergemeinschaftung, sondern gerade so sehr in der Konstituierung des einem der Gesammthänder zustehenden Verwaltungsrechts. Diese beiden Seiten der Sache sind völlig auseinander zu halten.

---

9) Wie wenig glücklich der Ausdruck des § 1483 I S. 2 gewählt ist, zeigt sich sofort, wenn wir den Inhalt des Abs. 2 des § 1483 in der im Texte geschehenen Weise wiedergeben. Der Abs. 2 hebt die Negation des Abs. 1 Satz 2 wieder teilweise auf.

10) Zu betonen ist nicht etwa so: im übrigen erfolgt die Beerbung, sondern so: im übrigen erfolgt die Beerbung nach den allgemeinen Vorschriften.

11) Plancks Komm. Vorbem. 2 vor § 1482 sagt: „Erbrechtliche Succession findet nicht statt, sondern (!) infolge des Todes treten die Kinder ohne weiteres an die Stelle des Verstorbenen ein und das bisherige Gemeinschaftsverhältnis wird . . . fortgesetzt". M. E. fehlt hier der in dem „sondern" supponierte Gegensatz. Oder tritt etwa der Erbe (vgl. Note 8 und Text dazu) nicht ohne weiteres in die Rechtsverhältnisse des Verstorbenen? In den Vorschriften der §§ 1382 f. des E. I über die „gütergemeinschaftliche Erbfolge" trat das im Text Gesagte viel deutlicher hervor. Die II. Kommission hat vielerlei geändert, dass aber eine Erbfolge stattfindet, hat sie nicht beseitigt. Vgl. auch Prot. 5 S. 730 („in Wirklichkeit ist das Verhältnis derart, als wenn eine Beerbung stattgefunden hätte"). — Cosack BR. II § 321 lehrt, dass der Eintritt der Kinder in die Gütergemeinschaft mit der Beerbung der Mutter nichts zu thun habe. Einen Beweis hierfür sieht er darin, dass sie für die Schulden der Mutter nicht haften. Allein letzteres trifft keineswegs zu. Vgl. unten Note 16.

3) Das bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft geltende Erbrechtssystem ist in der Weise ausgestaltet, dass eine Reihe von Grundsätzen, welche von denen des 5. Buchs durchaus abweichen, aufgestellt, im übrigen aber in den einzelnen Paragraphen die Bestimmungen des 5. Buchs für entsprechend anwendbar erklärt worden sind.

a) Der Grund für den Eintritt der die fortgesetzte Gütergemeinschaft charakterisierenden Rechtswirkungen liegt in dem Ehevertrag. Seine nächste Bedeutung hat er in der Wirkung, welche er inter vivos hervorbringt. Aber er hat, falls die Ehegatten nichts anderes bestimmt haben (§ 1508), zugleich die Wirkung einer Verfügung von Todes wegen. Ihr von dem Gesetz fixierter Inhalt ist der eines Erbvertrags[12]) und besteht darin, dass der Ehevertrag, sowohl zu Gunsten des Überlebenden wie der beiderseitigen Abkömmlinge, Anwartschaften begründet, die der Ehegatte ebenso wie im Falle eines Erbvertrags nur mit Zustimmung des anderen aufheben kann, falls nicht etwa ein Enterbungsgrund vorliegt.[13])

Die Rechtswirkungen, welche nach dem Tode eines Ehegatten eintreten, zählen zu denen des „vertragsmässigen Güterrechts“.[14]) Die Successionsrechte sind also nicht gesetzliche, sondern „vertragsmässige“. Sie sind es deshalb nicht weniger, weil keineswegs der Wille der Parteien auf ihre Herbeiführung gerichtet zu sein braucht. Dass sie sich auch ohne einen solchen Willen als Geschäftswirkung an den Vertrag der Parteien anknüpfen, haben sie gemein mit der ungeheuren Zahl der Wirkungen, welche den Rechtsgeschäften kraft ergänzender Rechtssätze zukommen und die man nicht deshalb als in concreto von den Parteien gewollt denken darf, weil sie ihr Platzgreifen hätten ausschliessen dürfen.

b) Diese erbvertragsähnliche Bindung des Erblassers bezieht sich nur auf denjenigen Teil des hinterlassenen Vermögens, der zu dem Gesammt-

12) Viel deutlicher brachte dies E. I § 1385 zum Ausdruck.

13) §§ 1516, 1509 = §§ 2290, 2294. Im Ausdruck zu beanstanden, aber sachlich zutreffend ist die Bemerkung in Plancks Komm. Erl. 6 zu § 1483: „Die fortgesetzte Gütergemeinschaft hat einen ähnlichen Charakter, wie ein durch Erbvertrag eingeräumtes Erbrecht“. Dass hier von Planck nicht nur eine wirtschaftliche Gleichbedeutung gemeint ist, zeigt sich in der durchaus zu billigenden analogen Anwendung der §§ 2077, 2279. — Es darf übrigens auf die Ausnahmevorschrift des § 2276 II hingewiesen werden. Danach stimmen die Minimalerfordernisse des die Gütergemeinschaft vereinbarenden Ehevertrags (§ 1434) mit denen eines Erbvertrags überein, welchen die Parteien in Verbindung mit einem Ehevertrag ausdrücklich abschliessen.

14) Vgl. die Überschrift vor § 1432.

gut gehört, und dieser Anteil des Verstorbenen ist Gegenstand der besonderen Beerbung durch die Kinder,[15]) während der andere Teil des hinterlassenen Vermögens möglicherweise ganz anderen Erben zufällt und jedenfalls ein völlig selbständiges Schicksal hat. Jene Einheit von Vermögensrechten des Verstorbenen (die „Hälfte des Gesammtguts“, § 1503) ist es, die auf die Kinder übergeht und, vermehrt um die Rechte, welche der überlebende Gatte hinzu erwirbt, den Gegenstand der Auseinandersetzung nach Aufhebung der Gemeinschaft bilden. Die Konsequenz dieser gütergemeinschaftlichen Erbfolge ist der Eintritt in die Schulden, welche auf dem Gesammtgut haften, und der Unterschied gegenüber der gewöhnlichen Erbfolge ist lediglich der, dass bei dieser die Haftung nur eine beschränkbare ist, während die Kinder schlechthin nur mit ihrem Anteil an dem Gesammtgut — mit diesem aber auch gesammtschuldnerisch neben dem Überlebenden — haften.[16]) — Die für die besonderen Zwecke unserer Untersuchung bedeutungsvolle Konsequenz hiervon ist, dass die gegenüber dem Ehemanne bei bestehender Ehe erlangte Rechtskraft auch gegenüber den Kindern wirkt.[17]) Nach der Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft kommt dieser Grundsatz in seiner vollen Reinheit und Tragweite zur Geltung.[18]) Vorher sind die Kinder zur Geltendmachung ihrer zum Gesammtgut gehörigen Rechte nur ausnahmsweise legitimiert.[19]) Dagegen wird der aufgestellte Gesichtspunkt auch schon vorher von Bedeutung, wenn sie aus den gegenüber dem Vater festgestellten Verbindlichkeiten in Anspruch genommen werden.[20])

15) Hierin liegt ein tiefgreifender Gegensatz zu E. I § 1384, der den überlebenden Ehegatten Alleinerbe werden lassen wollte. Die Erbberechtigung in der gütergemeinschaftlichen Erbfolge bestimmt sich — jedoch unter Ausschluss des überlebenden Ehegatten (§ 1931) — nach der gesetzlichen Erbfolge (§ 1924), so dass auch der Erbverzicht die in § 2346f. bezeichnete Folge hat.

16) § 1489. Unrichtig Planck, Vorbem. 2 vor § 1482: Für die Gesammtgutsverbindlichkeiten haftet der überlebende Ehegatte „allein“ und die Kinder „haften nicht“. Das könnte nur von der persönlichen Haftung gesagt werden. Aber die beschränkte Haftung ist doch auch eine Haftung. — Dies gilt auch gegenüber Cosack, BR. II § 321 bei Note 9. Korrekter Lehmann, BR. II § 113 Nr. 3. Vgl auch unten § 45.

17) Hier sind die oben § 20 erörterten Grenzen, in denen die Rechtskraft sich auf die Gesammtnachfolger erstreckt, von besonderer Bedeutung.

18) BGB. § 1497 (1472), CPO. § 745 II (743). Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 342f.

19) Vgl. § 1449 vbd. mit § 1487. Hatte die verstorbene Mutter einen Prozess auf Grund des § 1449 begonnen, so haben die Kinder ihn gemäss § 239 CPO. fortzusetzen, wenngleich sie das freie Vermögen der Mutter nicht erben.

20) Ist bei bestehender Ehe die Frau belangbar (vgl. Anspr. u. Klagr. S. 338), so gilt dies nach § 1487 auch gegenüber den Kindern.

c) Will man nicht annehmen, dass die aus der Zeit der Ehe herrührenden Rechte und Verbindlichkeiten erst mit der Aufhebung der Gemeinschaft auf die Kinder übergehen, so ist der Schluss, dass die Kinder alsbald den verstorbenen Elternteil beerben, ganz unabweisbar. Dieses Verhältnis wird nur dadurch verdeckt, dass den Kindern bis zur „Aufhebung“ der fortgesetzten Gütergemeinschaft das Verwaltungsrecht bezüglich ihres Anteils am Gesammtgut fehlt.[21]) Stirbt die Mutter, so bleibt das Verwaltungsrecht des Vaters, welches nach der Regel des § 1472 erlöschen würde, bestehen. Ist aber der Mann gestorben, so tritt eine sehr wesentliche Veränderung des bisherigen Verhältnisses ein: die Mutter erhält nun die ganze Machtfülle, wie sie bisher dem Manne in Ansehung der Verwaltung zustand. Man wird nicht sagen dürfen, dass das Verwaltungsrecht des Mannes auf sie übergeht. Vielmehr entsteht es für sie als ein Recht gleicher Art und im wesentlichen gleichen Inhalts.[22]) Aber wenn man berechtigt ist, die Wirkungen, welche der Ehevertrag in Ansehung der Succession der Kinder hat, auf die in demselben enthaltene Verfügung von Todes wegen zurückzuführen, so ist man auch berechtigt, die Entstehung dieses Verwaltungsrechts in derselben Weise zu beurteilen, wie das Verwaltungsrecht, welches dem Testamentsvollstrecker durch Verfügung von Todes wegen[23]) zugewendet wird.[24])

In diesem Verwaltungsrechte, welches nicht nur eine formale Bedeutung, sondern auch einen materiellen Wert besitzt,[25]) erhält die über-

---

21) Wollte man hieraus auf den Mangel der Rechtszuständigkeit schliessen, so müsste man auch annehmen, dass die Frau bei bestehender Ehe keinen Anteil an den gemeinschaftlichen Rechten habe, eine Annahme, die offenbar unrichtig ist (§ 1442).

22) Schon aus der Änderung, die in Beziehung auf das Recht der Verwaltung des Gesammtguts eintritt, geht hervor, dass das Gesetz das Rechtsverhältnis nur ganz im allgemeinen dadurch kennzeichnet, dass es sagt: die Gütergemeinschaft wird fortgesetzt (§ 1483 I, 1). Das nähere ergeben erst die dann folgenden Detailvorschriften, aus denen folgt, dass das nach dem Tode des Ehegatten sich ergebende Gemeinschaftsverhältnis in wichtigen Punkten anders gestaltet ist, als dasjenige, welches zwischen den Ehegatten bestanden hatte.

23) Erbvertragsmässig kann dies nicht geschehen, § 2278.

24) Deshalb ist auch anzunehmen, dass die beim Tode des Mannes schwebenden Prozesse von der Frau (allein) fortzusetzen sind. Die Kinder sind die Rechtsnachfolger ihres Vaters bezüglich dessen Anteils. Aber trotzdem findet § 239 CPO. keine Anwendung. Die Witwe setzt den Gesammtgutsprozess im eigenen Namen fort. Die Kinder sind ebensowenig Partei, wie die Ehefrau es ist, wenn der Mann prozessierte. § 1958 BGB. bleibt ausser Betracht.

25) Mit Rücksicht hierauf rechtfertigt es sich auch, dass der überlebende Ehegatte

lebende Ehefrau, in seiner Fortdauer erhält der überlebende Ehemann eine Zuwendung, welche es rechtfertigt, dass er infolge des „Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft" für die Gesammtgutsverbindlichkeiten persönlich haftbar wird, soweit dies ohne jenen „Eintritt" nicht der Fall sein würde. Jedoch ist diese in § 1489 I angeordnete Schuldsuccession ganz nach Analogie der gewöhnlichen Erbenhaftung ausgestattet: die persönliche Haftung ist eine beschränkbare, während die Haftung der Kinder eine schlechthin beschränkte ist.

d) Durchaus abweichend von den Regeln des 5. Buchs sind die Grundsätze bezüglich der Rechtslage, welche nach dem kraft der gütergemeinschaftlichen Erbfolge gemachten Erwerbe eintritt. Während die Erbschaft mit rückwirkender Kraft ausgeschlagen werden kann, vollzieht sich der Erwerb sowohl für den überlebenden Elternteil, als für die Kinder sofort in unwiderruflicher Weise.[26]) Aber die Beteiligten werden in der Gemeinschaft nicht wider ihren Willen festgehalten.

α) Der überlebende Ehegatte kann sie jederzeit, also auch baldigst nach dem Erbfalle. aufheben. Diese bei bestehender Ehe nicht anerkannte Endigung tritt durch einseitige Erklärung ein (§ 1492) und ist, insofern sie lediglich für die Zukunft wirkt und den Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht ungeschehen macht, mit der Kündigung eines Gemeinschaftsverhältnisses zu vergleichen. Die Folge ist ebenso wie bei sonstiger Aufhebung der Gemeinschaft die Auseinandersetzung nach Massgabe des § 1503. Der Ehegatte hat also keinen Anteil an der von dem verstorbenen Teil herrührenden Hälfte des Gesammtguts.

β) Dem erbrechtlichen Ausschlagungsrechte korrespondiert für die Kinder wirtschaftlich das Recht, jederzeit durch einseitige Erklärung (§ 1491) auf den ihnen zugefallenen Anteil am Gesammtgut zu verzichten. Der juristische Unterschied von der Ausschlagung ist ein sehr erheblicher.

Zunächst hat er keine rückwirkende Kraft.[26a]) Dass fortgesetzte Gütergemeinschaft eingetreten war, wird dadurch nicht rückgängig gemacht, selbst wenn alle Kinder baldigst nach dem Tode verzichten

---

den ihm bei der gewöhnlichen Erbfolge (§ 1931) gebührenden Anteil an dem von dem Verstorbenen hinterlassenen Vermögen nicht bekommt.

26) Es gibt deshalb keine Annahme des Erwerbs. Die Kinder sind successores necessarii, wie wir nach dem Vorbilde der heredes necessarii sagen können.

26a) Es heisst in § 1491 IV nicht etwa, dass der Verzicht die Wirkung hat, als wenn der Verzichtende zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft gestorben wäre. Vgl. den Gegensatz mit § 1953 I.



würden. Deshalb bleiben auch die Dispositionen, die die Kinder in der Zwischenzeit getroffen haben, in Kraft, so die Einwilligung, welche sie dem Elternteil nach § 1444/6 gegeben haben.

Betrachtet man die Wirkung des Verzichts nach seiner positiven Seite hin, so ist zu sagen, dass er nicht eine einfache Aufgabe von Rechten bedeutet, sondern wie ein Verzicht zu Gunsten der Anwachsungsberechtigten wirkt.[27]) Mit anderen Worten: er bewirkt eine Übertragung des Anteils auf sie, welche sich dadurch auszeichnet, dass sie eine Universalsuccession in den einem Lebenden zustehenden Vermögenskomplex begründet. Deshalb wirkt auch die Rechtskraft, welche gegenüber dem Verzichtenden erflossen ist, gegenüber den Anfallsberechtigten, die an seine Stelle treten.[28])

e) Eigenartig ist auch die Succession, welche stattfindet, wenn eines der Kinder nach Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft stirbt. Sein Anteil ist keineswegs „unvererblich“,[29]) sondern man kann nur das sagen: er vererbt sich nach den gewöhnlichen Erbrechtsgrundsätzen, und nur in diesem Sinne ist es zu verstehen, wenn § 1490 sagt, dass er nicht zum „Nachlass“ gehört.[30]) Steht dem verstorbenen Kinde der Anteil zu und treten andere Abkömmlinge[31]) „an seine Stelle“ (§ 1490), oder wächst sein Anteil dem überlebenden Ehegatten zu, so ist hiermit eine Rechtsnachfolge statuiert. Man kann sie nicht deshalb leugnen, weil die Anfallsberechtigten möglicherweise andere Personen sind, als die Erben im gewöhnlichen Sinne, auch nicht deshalb, weil sich die

27) § 1491 IV, vgl. nachher bei Note 31.

28) Als Beispiel denke man, dass zwischen einem der Kinder und den übrigen Beteiligten ein Prozess darüber geführt ist, ob das Kind mit Recht von der Gemeinschaft ausgeschlossen ist, oder ob es erbunwürdig sei. Oder man denke an die Möglichkeit, dass das eine Kind den Ehevertrag angefochten hat, aber mit der darauf gestützten Klage abgewiesen wurde, weil das Gericht den Anfechtungsgrund verneinte. Verzichtet nun das Kind auf seinen Anteil und treten seine Abkömmlinge an seine Stelle, so nützt und schadet ihnen stets die Rechtskraft des Urteils.

29) Das Gegenteil behaupten Planck, Erl. 1 zu § 1490, Cosack, BR. § 321 Note 8. Sachlich mit Planck übereinstimmend Strohal, Erbr., 2. Aufl. S. 7. (An die Stelle treten „nicht kraft Erbrechts, sondern kraft Familienmitgliedschaftsrechts“.) M. E. kann man den letzteren Ausdruck nur in dem Sinne gebrauchen, dass dadurch der besondere Grund des Erbrechts, welches hier besteht, bezeichnet werden soll.

30) Die Ausführungen S. 211/2 sind hier zu wiederholen.

31) Über die Frage, welche es sind, äussert sich sehr zutreffend Strohal a. a. O. S. 7 Note 4.



Erbfolge von der ordentlichen Erbfolge in einigen Beziehungen unterscheidet. Die Unterschiede sind dieselben, wie sie vorher (d, β) bereits betrachtet wurden. Zu ihnen kommt noch ein weiterer hinzu: die von der gewöhnlichen Erbfolgeordnung abweichende Successionsordnung beruht auf dem Ehevertrag der Eltern. Durch ihn binden diese sich nicht nur selbst, sondern das Gesammtgut wird zu einem an die Familie des überlebenden Ehegatten und der gemeinschaftlichen Abkömmlinge (aller Grade) gebundenen Vermögen, in welches bis zur Aufhebung der Gemeinschaft[32]) andere Personen nicht succedieren können.[33]) Aber deshalb, weil durch den Willen des wegfallenden Abkömmlings die Successionsordnung nicht zu ändern ist, könnte man das Vorliegen einer Beerbung nur dann leugnen, wenn diese dadurch bedingt wäre, dass der in die Rechte des Gestorbenen Eintretende durch den Willen des Beerbten berufen wäre. Dies ist eine Auffassung, welche für alle die Rechte, welche ein Noterbrecht kennen, ausgeschlossen ist und auch für das heutige Erbrechtssystem des 5. Buchs des BGB. nicht zutrifft. Denn obgleich der durch einen Erbvertrag nicht gebundene Erblasser die Erbfolge nach Belieben gestalten kann, wäre es doch unrichtig, wenn man aus diesem Grunde die gesetzliche Erbfolge auf den Willen des Erblassers zurückführen wollte.

Treten die nach § 1490 berufenen Personen „an die Stelle" des während bestehender Gütergemeinschaft wegfallenden Abkömmlings, so ergibt sich aus dem Gesagten, dass sie auch seine Rechtsnachfolger sind. Diese ihre Eigenschaft könnte vielleicht bezweifelt werden, wenn die Anwachsung derart stattfände, dass der Erwerb des weggefallenen Descendenten als nicht geschehen zu betrachten wäre. Allein die Annahme, dass die Anwachsung mit Rückwirkung auf die Zeit des Todes des Elternteils stattfinde,[34]) ist offenbar unrichtig. Vielmehr ist die Rechtslage in derselben Weise zu beurteilen, wie im Falle des in

32) Also spätestens mit dem Tode des überlebenden Ehegatten.

33) Planck, Erl. 1 a a. E. zu § 1483 sagt, dass den Kindern das, was sie aus dem „Nachlass" (dem freien Vermögen) erhalten, „zu eigenem Recht" verbleibt. Aber steht ihnen „die ihnen zufallende Hälfte des Gesammtguts" (§ 1503) nicht auch „zu eigenem Recht" zu? Oder erwirbt das Kind seinen Anteil etwa erst mit der Aufhebung der Gemeinschaft? Sind Rechte, über welche man nicht beliebig verfügen kann, deshalb nicht eigene Rechte?

34) In diesem Sinne ist die Anwachsung zu verstehen, wenn sie bei der ordentlichen Erbfolge infolge des Vorversterbens eines Miterben oder infolge seiner mit Rückwirkung ausgestatteten Ausschlagung (§ 1953) eintritt. Vgl. oben S. 205.

§ 1491 geregelten Verzichts;[35]) es handelt sich um einen Rechtsvorgang derselben Art, wie er bei der Succession des Nacherben und bei der Lehens- und Fideikommissnachfolge stattfindet.

3. Der Nacherbe.

§ 32.

a) Der Nacherbe als Rechtsnachfolger des Vorerben.

Die bei der Gütergemeinschaft und ihrer Fortsetzung vorkommenden Rechtsverhältnisse wurden ausführlicher besprochen, weil sie speziell geregelte Anwendungsfälle der im Reichsrecht anerkannten Universalnachfolge in einzelne Vermögensmassen darbieten.

Ein weiterer Fall derselben ist die Rechtsnachfolge des Nacherben.

I. Schon nach späterem römischen Recht kann der Erblasser es herbeiführen, dass die von dem Erben erworbene Erbschaft im Wege der Universalsuccession an eine andere Person gelangt. Zwar blieb die alte Rechtsregel: semel heres, semper heres insofern bestehen, als der Erwerber die Erbschaft nicht nach den Grundsätzen über die hereditas, sondern nach besonderen Grundsätzen erwirbt, deren Eigentümlichkeit sich daraus erklärt, dass das Institut der Universalfideikommisse nur schrittweise und niemals vollständig von dem Recht der Vermächtnisse losgelöst wurde. Sieht man aber auf den materiellen Gehalt der Rechtssätze, so ist schon im römischen Recht der Satz, dass die Rechte und Pflichten von dem Erblasser auf den Fiduciar und kraft der Anordnung des Erblassers mit der Restitution[1]) von dem ersten Nachfolger auf den Fideikommissar übergehen, anerkannt.[2])

---

35) Vgl. oben S. 216.

1) Nimmermehr könnte die restitutio eine Universalsuccession herbeiführen, wenn der Erblasser sie nicht angeordnet hätte (vgl. l. 10 D. 36, 1); sie ist eine Formalität. über welche sich schon das römische Recht da hinwegsetzte, wo es praktisch notwendig war (c. 7 C. 6, 49).

2) Unrichtig ist die Auffassung des Universalfideikommisses in den Motiven zu E. I Bd. 5 S. 80, die den Fideikommissar als den ausschliesslichen Stellvertreter des heres charakterisieren. Das ist er ebensowenig, wie im entwickelten römischen Recht der Cessionar nicht Stellvertreter des Cedenten ist. Die actio utilis bedeutet für beide, dass sie suo nomine (nicht etwa actione — directa — mandata) berechtigt sind. Die actio directa des heres und des creditor ist inanis, ein Recht ohne Inhalt, ein stehengebliebener Name ohne sachliche Andeutung. — Dernburg (Pand. III § 65 nach



Der Fortschritt, den die modernen Kodifikationen und im Anschluss an sie das BGB. gemacht haben, besteht lediglich darin, dass sie das Institut von den Rechtssätzen, die sich aus der nicht zum vollen Abschluss gelangten historischen Entwicklung erklären, befreit haben und die Anordnung des Erblassers als das anerkennen, was sie schon bisher sachlich war: als die Einsetzung eines zweiten Gesammtnachfolgers derselben Art, wie es der erste ist.

Sagt man, dass der Nacherbe mittelbarer Successor des Erblassers ist, so kann dies nur als ein Ausdruck dafür acceptiert werden, dass die Succession auf dem Willen des Erblassers beruht. Denn der Nachlass geht auf den Vorerben über und der Nacherbe erhält ihn so, wie er sich unter der Verwaltung des Vorerben (eventuell auch seines Erben) gestaltet hat und welche so durchgreifend gewirkt haben kann, dass das nachgelassene Vermögen sich von Grund aus änderte.[3]) So heisst es denn auch nicht, dass der „Nachlass," sondern, dass die „Erbschaft" dem Nacherben anfällt,[4]) und es ist eine keineswegs überflüssige, sondern mit Rücksicht auf das Gesagte gebotene Bestimmung, wenn § 2144 vorschreibt, dass das, was für den gewöhnlichen Erben bezüglich des Nachlasses gilt, für den Nacherben hinsichtlich der Vorerbschaft zu gelten hat.

Diese Thatsache, dass der Nacherbe den Vermögenskomplex nicht nur aus der Hand des Vorerben, sondern auch in der durch ihn der

---

Note 5) charakterisiert den Fideikommissar mit den Worten: „Er vertritt den Erblasser und steht an Stelle des Erben". Vgl. damit Dernburg selbst § 119 Absatz 2.

3) Nicht nur können Rechte, die vom Erblasser herrühren, durch die Rechtshandlungen des Vorerben (§ 2112) erlöschen oder ihren Inhalt ändern, sondern es können auch andere an ihre Stelle treten. Die Bestimmung, dass die surrogierten Rechte zur Erbschaft gehören (§ 2111), kann und will die Thatsache, dass sie vom Vorerben erworben sind und zur Zeit des Erblassers möglicherweise noch gar nicht existierten, nicht aus der Welt schaffen. Obwohl die Bestimmung des § 2111 den sonst beliebten Fiktionsausdruck (vgl. z. B. § 2019) vermeidet, enthält sie nichts anderes, als eine Fiktion, als den Befehl, die später durch den Vorerben erworbenen Rechte bezüglich der dem Vorerben auferlegten Beschränkung der Verfügungsmacht und bezüglich des Anfalls an den Nacherben so zu behandeln, als wären sie vom Erblasser erlangt. Fiktionen aber können und wollen die in Wirklichkeit bestehenden Verhältnisse nicht verändern, wenngleich sie Viele hindern, die Realität der Dinge zu erkennen. — Nachlassverbindlichkeiten können zwar durch Rechtsgeschäfte des Vorerben nicht entstehen, wohl aber können sich die Nachlassverbindlichkeiten durch seinen Verzug erweitern. (So auch Planck Erl. 1 zu § 2144.)

4) § 2139. Über den diesbezüglichen Sprachgebrauch des BGB. vgl. die zutreffenden Bemerkungen von Strohal, Erbr. 2. Aufl. S. 7 Note 5.



Erbschaft gegebenen Gestalt erwirbt,[5]) ist meines Erachtens völlig unvereinbar mit der Auffassung, dass die successive Erbfolge eine Nachfolge in das Vermögen des Erblassers sei,[6]) also in Rechte, die möglicherweise dem Erblasser nie zustanden, sondern durch den Vorerben begründet wurden.

II. Im Gegensatz zu der allgemeinen Auffassung ist vielmehr zu sagen, dass der Vorerbe der Rechtsvorgänger des Nacherben ist.

Zwar stützt dieser seinen Rechtserwerb nicht auf die Verfügung desjenigen, von dem er erwirbt. Aber dies würde nur dann ein entscheidendes Argument sein, wenn der Rechtsvorgänger und derjenige, in dessen Person der die Rechtsnachfolge begründende Umstand liegt, dieselbe Person sein müssten.[7]) Das ist aber keineswegs der Fall. Selbst bei der Übertragung eines Rechts durch Vertrag können diese Personen verschieden sein.[8]) Umsomehr ist dies bei der testamentarischen Erbfolge möglich. Die Intestaterbfolge begründet zweifellos einen rein gesetzlichen Erwerb, bei der testamentarischen schafft zwar die Parteibestimmung den Berufungsgrund, aber der Erwerb vollzieht sich auch hier kraft Gesetzes.[9])

Der Zusammenhang, der zwischen dem Rechtsvorgänger und dem Nachfolger vorhanden sein muss,[10]) ist hier gegeben, da die Verwaltungs-

5) Strohal, Erbr. S. 5 charakterisiert die in Frage stehenden Fälle dadurch, dass er sagt: der bisherige Rechtsträger werde von einem neuen abgelöst, ohne dass dabei etwas von dem Rechte des ersteren auf den letzteren übergehe. M. E. ist dies nicht haltbar. Vgl. nam. Note 3 und Strohal selbst § 27 S. 95: „Die Erbschaft geht von dem Vorerben auf den Nacherben über“.

6) Diese Auffassung findet sich namentlich bei den Germanisten bezüglich der Lehens- und der Fideikommisserbfolge. Gerber-Cosack, D. PrR. 17. Aufl. § 313 findet keinen Widerspruch darin, wenn er lehrt: „bei jedem Successionsfall wird das vom ersten Erwerber begründete Vermögen in seiner Ursprünglichkeit von neuem übernommen“ und dann fortfährt: „nur ist es natürlich (!), dass die Reinheit des . . . Vermögens bei dessen fortgesetztem Durchgang durch die Rechtssphären der Lehensfolger nicht ganz gewahrt werden kann“.

7) Dies ist die Meinung der Motive zu E. I Band 5 S. 118 (unten), der ich früher (Anspr. u. Klagr. S. 210 Note 4) auch gefolgt bin. Ebenso, wie die Motive, die Denkschrift zur Novelle § 219a („der Nacherbe ist nicht Rechtsnachfolger des Vorerben, er leitet vielmehr sein Recht unmittelbar vom Erblasser ab“).

8) Vgl. näher oben § 13.

9) Auch bei den Rechtsgeschäften inter vivos gibt es Erwerbsarten, welche der Art nach dieselbe Besonderheit haben. Man denke nur an den Erwerb des Rechts auf eine Leistung, der sich ohne Zuthun des Dritten kraft Gesetzes auf Grund der Vereinbarung von Gläubiger und Schuldner (§ 328 BGB.) vollzieht. Vgl. unten § 41.

10) Vgl. oben § 10.



handlungen des Vorerben den Bestand und den Inhalt der übergehenden Rechte bestimmen. Allerdings hat seine Verfügungsmacht gewisse Grenzen, aber innerhalb derselben steht sie ihm als dem Subjekte der Erbschaft (nicht etwa als dem Verwalter fremden Vermögens)[11]) zu und die Ausnahmen, welche die §§ 2113 f. von dem in § 2112 ausdrücklich anerkannten Prinzip der Verfügungsgewalt statuieren, bestätigen nur die Regel, die als solche durch die Ausnahmen nicht aufgehoben wird. Würde die in gewissen Fällen statuierte Einschränkung des Verfügungsrechts[12]) der Annahme einer Rechtsnachfolge im Wege stehen, so würde auch der Käufer nicht Rechtsnachfolger des Verkäufers sein, wenn diesem die Veräusserung der verkauften Sache im Interesse des Käufers verboten war.[13])

Auch der Gesichtspunkt, dass die Rechte des Vorerben resolutiv bedingte oder befristete seien, ergibt nach unseren früheren Ausführungen (§ 15) kein Argument gegen die Eigenschaft des Nacherben als eines Rechtsnachfolgers des Vorerben. Es darf übrigens darauf hingewiesen werden, dass die Rechtslage sich von dem gewöhnlichen Fall des Eintritts einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins wesentlich unterscheidet. Denn wenn die Erbschaft dem Vorerben „verbleibt“, falls der Nacherbe ausschlägt,[14]) so ergibt sich hieraus, dass ein Schwebe-

11) Entw. I § 1815 bestimmte, dass der Vorerbe im Verhältnis zum Nacherben als Niessbraucher anzusehen sei. Im Gesetz fehlt eine solche Bestimmung. — Von dem von uns bekämpften Standpunkte aus muss nach einer besonderen Rechtfertigung dafür gesucht werden, dass die Verfügungen über Erbschaftsgegenstände im allgemeinen gegenüber dem Nacherben wirksam sind.

12) § 2113 Abs. 1 u. 2 begrenzen das Verfügungs recht, die Verfügungs macht des Vorerben geht über diese Grenzen hinaus, wenn der gute Glaube des Dritten die entsprechende Anwendung der Grundsätze über den Erwerb vom Nichtberechtigten herbeiführt. Vgl. oben § 13.

13) Über die Veräusserungsverbote vgl. im allgemeinen oben § 14, S. 106 f. Nicht klar ist es, in welchem Sinne die Motive zu E. I Bd. 5 S. 118 es verstehen, wenn sie einer zeitlichen Aufeinanderfolge von zwei Berechtigten die Eigenschaft als Rechtsnachfolge nur dann zu sprechen, falls ein ursächlicher Zusammenhang vorliege. Die Verweisung der Motive auf Bd. 3 S. 353 ergibt keine Antwort, da sich dort auch lediglich die Behauptung findet, dass der Rückfall eines Rechts keine Rechtsnachfolge sei. (Vgl. dazu oben 15, II.) Die Frage, ob jemand Rechtsvorgänger ist und die Frage, ob der Rechtsvorgänger das unbeschränkte Verfügungsrecht hat, scheint verwechselt zu sein.

14) § 2142. Die in diesem Paragraph vorbehaltene „andere“ Bestimmung des Erblassers kann nur den Sinn haben, a) entweder dass dem primo loco bestimmten Nacherben andere substituiert werden, b) oder dass der Vorerbe die Erbschaft unter



zustand eintritt, der so lange dauert, bis der Nacherbe sich über die Annahme entschieden oder die Ausschlagungsfrist versäumt hat. Der Verlust der Erbschaft wird für den Vorerben erst dann ein definitiver, wenn der Erwerb des Nacherben endgültig geworden ist. Die Vorerbschaft wird nicht verloren und dann erworben, sondern der Vorerbe hört auf, es zu sein, wenn und weil der nach ihm Berufene zum Erben wird: die Erbschaft geht von dem Vorerben auf den Nacherben über.[15])

III. Aus alledem erscheint die obige Aufstellung gerechtfertigt: der Nacherbe ist kraft der Anordnung des Erblassers und der an diese anknüpfenden gesetzlichen Bestimmung (§ 2139) der Rechtsnachfolger des Vorerben. Und zwar tritt die Universalsuccession in das erbschaftliche Vermögen des Vorerben mit seinen Accessionen und Surrogaten je nach der Anordnung des Erblassers bald bei Lebzeiten oder beim Tode des Vorerben ein.

Bestätigt wird diese Auffassung durch die Bestimmungen der CPO. über die Erstreckung der Rechtskraft auf den Nacherben[16]) und über die damit in Zusammenhang stehende Succession des Nacherben in das Prozessverhältnis, besonders aber auch durch die Vorschrift des § 246, aus der sich ergibt, dass die vom Vorerben erteilte Prozessvollmacht sich auf den Nacherben erstreckt.[17]) Man verschliesst sich das Verständnis aller dieser von unserem Standpunkte aus leicht erklärlichen Vorschriften, wenn man lehrt, dass hier der Nacherbe, obgleich er nicht Rechtsnachfolger des Vorerben sei, ausnahmsweise so behandelt werde, wie wenn er es wäre. Vielmehr bestätigen sie, dass der Vorerbe auch in prozessualen Dingen als das behandelt wird, was er ist.

---

allen Umständen verlieren soll. Dann fällt sie in letzter Linie an den Fiskus, falls die anderen gesetzlichen Erben ausschlagen.

15) Schlägt der Nacherbe aus, so führt der Vorerbe auch die in § 242 CPO. bezeichneten Prozesse weiter. Auch die Succession des Nacherben in das Prozessverhältnis ist eine schwebende. Der Vorerbe ist in ihm verblieben, wenn der Nacherbe ausschlägt. Trotzdem ist die Unterbrechung eingetreten und muss durch Aufnahme beseitigt werden. Übereinstimmend Gaupp-Stein Bem. II zu § 242.

16) Hierüber ist in § 33 näher zu handeln.

17) Gaupp-Stein, Bem. I zu § 246 verweist hierbei auf § 86. Es mag dahingestellt bleiben, ob er vorschreibt, dass der Vertreter eine Vollmacht des neuen gesetzlichen Vertreters beizubringen hat und dass dieser in § 86 als „Nachfolger im Rechtsstreit“ zu bezeichnen sein wird. Bejaht man dies (verneinend Wach Handb. I S. 586), so folgt hieraus keineswegs die Möglichkeit, eine Parallele für unseren Fall zu ziehen. Denn dort bleibt die Partei dieselbe, hier tritt aber zweifellos eine Änderung in der Partei ein.



IV. Die folgenden Erörterungen (§ 33) werden zu zeigen haben, welche praktische Bedeutung die Frage, ob man den Nacherben als Rechtsnachfolger des Vorerben zu betrachten hat, für die uns beschäftigenden prozessualen Fragen besitzt. Hier mag nur noch an einem Beispiel gezeigt werden, dass das Problem auch für das materielle Recht keineswegs nur die Bedeutung einer theoretischen Streitfrage hat.

Wie früher[18]) dargelegt wurde, ist der Rechtsübergang von dem Vorerben auf den Nacherben eine kraft Gesetzes stattfindende Rechtsübertragung. Ist dies richtig, so greifen auch die in § 412 BGB. für einen solchen Fall für entsprechend anwendbar erklärten Vorschriften der §§ 404, 406 bis 410 mutatis mutandis Platz. Daraus folgt: der Vorerbe muss, wenn er einem Erbschaftsschuldner anzeigt, dass die Nacherbfolge eingetreten sei, die Zahlungen, welche an den als Nacherben Bezeichneten geleistet sind, anerkennen.[19]) Der Schuldner kann von dem als Nacherben Auftretenden einen ihn sicherstellenden urkundlichen Beweis des Eintritts der Nacherbfolge verlangen;[20]) vor allem aber ist der § 407 entsprechend anzuwenden. Auf diesen letzten Punkt ist noch etwas näher einzugehen.

Der § 2140 BGB. bietet dem gutgläubigen Erbschaftsschuldner keineswegs einen genügenden Schutz. Denn er setzt voraus, dass der Vorerbe den Eintritt der Nacherbfolge nicht kannte und nicht kennen musste, und er hat überhaupt in erster Linie den Schutz des gutgläubigen Vorerben im Auge. Aber, wie Strohal[21]) mit sicherem Rechtsgefühl empfunden hat, ist der Schutz des Schuldners auch dann unbedingt erforderlich, wenn zwar der Vorerbe den Wegfall seines Gläubigerrechts kannte, der Schuldner aber von dem Eintritt der Nacherbfolge nichts wusste. Von unserem Standpunkte aus ergibt sich der Schutz des Schuldners von selbst und wir haben es nicht nötig, die Anwendbarkeit des § 412 BGB. zu leugnen, um dann doch aus der „Gesammttendenz“

18) Vgl. oben S. 221/3.

19) BGB. 409. Man nehme z. B. etwa an, dass der Nacherbe nach Empfang der Zahlung die Erbschaft ausschlägt (§ 2140) oder dass ein falscher Nacherbe bezeichnet wurde.

20) Die Schwierigkeiten, mit denen der von mir in Anspr. u. Klagr. S. 357 versuchte Nachweis, dass der Schuldner von dem gewöhnlichen Erben die Vorlage einer Erbbescheinigung verlangen kann, zu kämpfen hat, verringern sich hier sehr erheblich.

21) Erbrecht 2. Aufl. S. 113 Note 30. Entgegengesetzt Planck-Ritgen Erl. 2 zu § 2140 aus Gründen, die sich durch das im Texte und besonders in Note 23 Gesagte widerlegen.

des BGB. zu deduzieren,[22]) dass sein Inhalt massgebend ist. Allerdings erleidet der nach unserer Ansicht kraft des § 412 anzuwendende § 407 eine Modifikation. Nach § 407 kommt es lediglich auf die Kenntnis des Schuldners an, hier aber ist auch das Kennenmüssen massgebend. Das ergibt sich aus § 2140 Satz 2 und ist auch vollkommen gerechtfertigt, da von dem Schuldner, der es mit einem Vorerben zu thun hat, verlangt werden kann, dass er mit der Möglichkeit des Eintritts der Nacherbfolge rechnet.[23]) Deshalb ist es auch eine ganz sachentsprechende Bestimmung, wenn nach § 2111 der Schuldner schlechthin durch Unkenntnis des Eintritts der Nacherbfolge geschützt ist, falls die Forderung eine surrogierte ist: entstand sie erst durch ein Rechtsgeschäft des Vorerben, so braucht der Schuldner keinerlei Nachforschungen anzustellen, sondern kann seinen Kontrahenten als seinen Gläubiger so lange behandeln, bis er das Gegenteil weiss.[24])

Von unserem Standpunkt aus ergibt sich auch die Beantwortung der Frage, was aus einem Prozess des Vorerben über eine Forderung oder über andere cessible Rechte wird, wenn der Gegner bei Beginn der Rechtshängigkeit den Eintritt der Nacherbfolge ohne Fahrlässigkeit nicht kannte, oder wenn der Vorerbe ohne fahrlässige Unkenntnis des Eintritts eine Klage über erbschaftliche Verhältnisse erhoben hat.[25])

---

22) So Strohal a. a. O. Dagegen Planck-Ritgen a. a. O. mit der richtigen Bemerkung, dass das BGB. den guten Glauben nicht allgemein schützt. — Hachenburg, Vortr. 2. Aufl. S. 222 trägt kein Bedenken, die §§ 406 ff. entsprechend anzuwenden, obwohl er betont, dass der Nacherbe nicht Rechtsnachfolger des Vorerben sei.

23) Die §§ 412 (407) und 2140 Satz 2 bilden einen Fall der Gesetzeskonkurrenz. § 2140 schliesst den § 412 nicht aus, sondern ergänzt ihn. — Im Endergebnis übereinstimmend Strohal a. a. O., der m. E. mit Unrecht meint, dass die analoge Anwendung des § 407 I zu dem Ergebnis führen müsste, dass das Kennenmüssen dem Schuldner nicht schade.

24) Übrigens bietet gerade diese Vorschrift (§ 2111 I Satz 2) auch einen Beweis für die Richtigkeit unseres Standpunktes. Zu beachten ist, dass die Zugehörigkeit zur Erbschaft auch schon vor dem Eintritt der Nacherbfolge eine Bedeutung hat. Während dieser Zeit ist der Vorerbe der Gläubiger und als solcher wäre er auch befähigt, dem Schuldner die Forderung schenkungsweise zu erlassen. Dazu ist er nicht mehr befähigt, wenn der Schuldner die Zugehörigkeit zur Erbschaft kennt, bis dahin kann er es auf Grund der analogen Anwendung des § 407 trotz § 2113 II. Vgl. auch § 816 BGB.

25) Vgl. hierüber unten Kap. IV. Müsste die Klage des Vorerben abgewiesen werden, so hätte er die Prozesskosten zu tragen und könnte sonach eine schwere Schädigung erleiden.



§ 33.

b) Rechtskraft aus den Prozessen des Vorerben.

Auf der durch vorhergehende Untersuchungen gewonnenen Grundlage ist die Frage zu beantworten, ob die gegenüber dem Vorerben ergangenen Urteile gegenüber dem Nacherben Rechtskraft schaffen.

I. Im bisherigen Recht ist die Erstreckung der Rechtskraft nicht bezweifelt, obwohl eine besondere Vorschrift fehlte.

Bezüglich des gemeinen Rechts beruft sich Binder[1]) auf c. 4 C. 6,54, allein mit Unrecht. Denn diese Stelle spricht von unserer Frage überhaupt nicht. Die Begründung liegt in der Nachfolgereigenschaft des Fideikommissars und einen indirekten Beweis erbringt die l. 44 D. 42. 1. Der heres suus, welcher pupillus ist, verfügt und prozessiert mit Wirksamkeit gegen die Substituten oder Miterben, an welche die Erbschaft nach seiner Abstinenz gelangte. Dies ist ein wesensgleicher Fall, der auch für die Beurteilung des heutigen Rechts viel Interesse bietet. Denn der heres pupillus,[2]) der sich immisciert hatte, war Rechtsnachfolger des Vaters und wird auch für die Zeit bis zur Abstinenz als solcher fortdauernd behandelt. Gleichwohl fällt die Erbschaft an den vom Vater ernannten Substituten und — in Ermangelung eines Testaments — an diejenige Person, welche mit dem Vater in demjenigen Verwandtschaftsverhältnis stand, welches für die gesetzliche Erbfolge massgebend ist.

Auch für das preussische Recht wird die Erstreckung der Rechtskraft auf den Nacherben angenommen.[3])

II. Hätten wir über die Frage der Rechtskrafterstreckung im Reichs-

---

1) Subjekt. Grenzen S. 75.

2) Der pubes heres suus verliert durch Einmischung das Recht der Abstinenz. Seine wirksame Abstinenz aber bewirkt ebenso wie die Ausschlagung, dass er so behandelt wird, als sei er niemals Erbe geworden. (Vgl. dazu oben § 30 bei Note 7a bis 8.) Lenel, edictum S. 336 hat bewiesen, dass der heres pupillus und der heres pubes schon ediktsmässig verschieden behandelt wurden. Die Nichtbeachtung dieses Unterschiedes hat die Einen zu der Behauptung veranlasst, dass die Abstinenz stets rückwirkende Kraft habe (vgl. z. B. Windscheid III § 595 Note 6), die Anderen aber schlechthin zu der Verneinung derselben geführt (Laspeyres, civil. Arch. 21 S. 87 f.).

3) So Dernburg, Pr. PR. III § 158 Note 13 unter vergleichungsweiser Bezugnahme auf ALR. I 12 § 298, der sich in der That nur auf die in ALR. I 12 § 458f. von den Substitutionen scharf unterschiedenen Vermächtnisse bezieht. Bejahend wohl auch Eccius IV § 275 Note 19. Vgl. Sächs. BGB. § 2518.



recht keine Bestimmung, so würde sie meines Erachtens ebenso zu bejahen sein, wie nach den bisherigen Rechten. Denn der Nacherbe ist der Rechtsnachfolger des Vorerben und die Rechtskrafterstreckung würde auch dadurch nicht ausgeschlossen sein, dass die Verfügungsmacht des Vorerben in gewissen Beziehungen eingeschränkt ist.[4]) Denn die Prozessführung ist, wie immer wieder betont werden muss, keine Verfügung über den Prozessgegenstand; der Prozess bietet keinen Weg, um Privatrechte zum Entstehen oder zum Erlöschen zu bringen.

In der That bestätigte denn auch der § 1830 des ersten Entwurfs in Übereinstimmung mit den bisherigen Rechten die Ausdehnung der Rechtskraft aus allen Prozessen, in denen über einen gegen „Vorerben als Erben" erhobenen Anspruch oder über einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand entschieden ist.[5]) Auch die II. Kommission[6]) billigte diesen Grundsatz und verwies ihn nur in die CPO., wohin er auch gehört, da es sich um einen Prozessrechtssatz handelt.

In das Gesetz (§ 326) ging die Vorschrift mit einer wesentlichen Einschränkung über. Aus der Besorgnis, dass der Vorerbe „im Wege der Prozessführung sogar über die seinem Verfügungsrecht entzogenen Nachlassgegenstände verfügen (!) und den Nachlass mit Verbindlichkeiten belasten (!)" könne,[7]) wurde die Ausdehnung der Rechtskraft davon abhängig gemacht, welchen Ausgang der von dem Vorerben geführte Prozess gehabt hat. Alle Urteile über erbschaftliche Rechtsverhältnisse[8]) wirken „für" den Nacherben, „gegen" ihn aber nur solche, welche über einen Erbschaftsgegenstand entscheiden, und nur dann, wenn der Vorerbe be-

4) Dabei ist es gleich, ob die Beschränkung auf einem (gesetzlichen) Veräusserungsverbot beruht (oben § 14), oder auf der Bedingtheit oder Befristetheit seiner Rechte (oben § 15). — Im gemeinen Recht ist der Fiduciar durch Veräusserungsverbote in weit grösserem Umfang beschränkt, als der heutige Vorerbe.

5) Über die Auffassung der Motive Bd. 5 S. 118/9, welche in dem Rechtssatz eine Singularität sehen, wurde bereits in den vorhergehenden Erörterungen gesprochen. Zu beachten ist, dass § 1815 des Entwurf I vorschrieb, dass „der Vorerbe gegenüber dem Nacherben als Niessbraucher anzusehen ist".

6) Prot. Bd. 5 S. 130, Bd. 6 S. 661.

7) Gegen diese unzutreffende Auffassung der Prozessführung in der Denkschrift zu § 293d vgl. die Motive zu Entw. I Bd. 1 S. 379 (oben § 14 a. E.).

8) So ist im allgemeinen zu formulieren. Das Gesetz (§ 326 I) spricht a) von „Ansprüchen gegen den Vorerben als Erben" (sie sind identisch mit „Nachlassverbindlichkeiten" BGB. § 1967) und b) von Prozessen „über einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand".



fugt ist, über den Gegenstand zu verfügen.[9]) Prozesse über Rechtsverhältnisse, welche nicht die Erbschaft betreffen, kommen für den Nacherben in seiner Eigenschaft als Nacherbe nicht in Betracht. Dies ist selbstverständlich, wenn man sich dessen bewusst ist, dass der Nacherbe eben als Successor des Vorerben von der Rechtskraft getroffen wird und dass sie einen Dritten aus diesem Grunde nur insoweit treffen kann, als er entweder in das abgeurteilte Rechtsverhältnis succediert ist oder in dasselbe, falls es bestanden hätte, wegen des die Nachfolge begründenden Thatbestandes eingetreten sein würde.[10]) Das sind aber nur die Rechtsverhältnisse, welche von dem Erblasser herrühren oder die, obwohl sie nach dessen Tode begründet sind, als zur Erbschaft gehörig zu betrachten sind oder den Nachlass belasten. Dabei ist zu beachten, dass zwar Nachlassverbindlichkeiten auch erst nach dem Tode des Erblassers entstehen können,[11]) dass dies aber niemals durch ein Rechtsgeschäft des Vorerben geschehen kann. Der Vorerbe kann zwar Verpflichtungen eingehen und dabei vertragsmässig seine Haftung auf den Nachlass beschränken; aber auch eine solche Verpflichtung stellt keinen Anspruch dar, der gegen den Vorerben „als solchen" gerichtet ist. Nicht weil er Erbe ist, sondern deshalb weil er kontrahiert hat, haftet er.[12]) Dies gilt auch dann, wenn der Erblasser ihn von allen Beschränkungen, die nach dem Gesetz (§ 2136) wegfallen können, befreit hat. Das Gesetz gibt eben dem Nachlass in der Hand des Vorerben nicht die Stellung eines selbständigen Sonderver-

---

9) Vgl. hierüber S. 235 f.

10) Vgl. oben § 18,9 und besonders § 20 bezüglich der Gesammtnachfolger. Darüber, ob das abgeurteilte Rechtsverhältnis ein erbschaftliches im Sinne des Textes ist, kann — wie überhaupt über die die Rechtskrafterstreckung bedingenden Voraussetzungen — nur dem Dritten gegenüber entschieden werden.

11) Dazu gehört nicht die Prozesskostenpflicht. Sie trifft nicht den Erben als solchen, sondern als den unterliegenden Prozessführer.

12) Gegenüber abweichenden Ansichten habe ich auf diesen Gesichtspunkt bereits in m. Verträgen S. 406 Note 844c aufmerksam gemacht. Allerdings kann durch die Handlung des Erben eine Verpflichtung entstehen, welche den Nacherben als solchen trifft. Aber man wird hier nicht mit Strohal, Erbr. S. 113 Note 29 von einer „wahren Nachlassverbindlichkeit" sprechen dürfen. Wäre sie das, so würde der Erbe, wenn er beschränkbar haftet, gegenüber seinem Kontrahenten die persönliche Haftung ablehnen können, wenn er zwecks ordnungsmässiger Verwaltung des Nachlasses das Geschäft geschlossen hat. Den richtigen Gesichtspunkt ergibt § 2125, der auch in Verbindung mit § 683 zu der von Strohal gesuchten Rechtfertigung der Haftung des Nacherben als solchen führt.



mögens[13]) und er kann zwar in dessen Interesse Verpflichtungen eingehen,[14]) aber nicht als der Vertreter des Nachlasses Nachlassschulden kontrahieren.[15])

Anders ist es, wenn der Vorerbe zugleich zum Testamentsvollstrecker bestellt ist und wenn ihm als solchem die Verwaltung des Nachlasses zusteht.[16]) Dann kann er auch „Verbindlichkeiten für den Nachlass“ eingehen[17]) und nach Massgabe der §§ 2213 BGB. und 327 CPO. über die Rechtsverhältnisse des Nachlasses mit Wirksamkeit für die an demselben Beteiligten prozessieren. Allerdings ist die Voraussetzung für das Platzgreifen der citierten Vorschriften, dass er den Rechtsstreit als Testamentsvollstrecker (also im Namen des Nachlasses) geführt hat.

Kann aber der Vorerbe als Testamentsvollstrecker bestellt werden? Diese Frage ist zweifellos zu bejahen, wenn mehrere Vorerben vorhanden sind. So gewiss es nun auch keinen Sinn hat, einen Alleinerben als Testamentsvollstrecker zu bestellen, einen so guten Sinn hat es doch, dem Vorerben, auch wenn er Universalerbe ist, die Stellung als Testamentsvollstrecker zu geben. In der Regulierung des Nachlasses hat er dann viel freiere Hand, als wie als Vorerbe, dem die Hände nach mannigfachen Richtungen hin gebunden sind. Die Verpflichtungen, die ein Dritter als Testamentsvollstrecker gegenüber dem Erben hat, hat der Vorerbe in unserem Fall gegenüber dem Nacherben.

Die Doppelstellung, welche der Vorerbe dann hat,[18]) findet sich in analoger Weise, wenn der Niessbrauch am ganzen Nachlass hinterlassen und der Niessbraucher zum Testamentsvollstrecker ernannt ist.[19]) Und

---

13) Wie ein solches vorliegt, wenn ein Testamentsvollstrecker, Nachlasspfleger (insbesondere im Falle des § 1975) oder ein Verwalter gemäss § 2129 bestellt oder ein Konkursverwalter vorhanden ist. Ihre Handlungen erzeugen Nachlassverpflichtungen und diese treffen den Vorerben und den Nacherben als solchen. Wäre der Pfleger Vertreter des Erben, so könnte von seinen Handlungen nichts anderes gelten, als von den Geschäften des Erben selbst.

14) Mit der Folge des § 1978 III.

15) Dies übersieht Mendelssohn-Bartholdy S. 345. Vgl. unten Note 22.

16) Vgl. namentlich § 2209.

17) §§ 2206/7.

18) Der Vorerbe kann erbvertragsmässig ernannt werden, nicht der Testamentsvollstrecker (§ 2278). Der Vorerbe kann die Erbschaft annehmen und das Amt des Testamentsvollstreckers ablehnen (§ 2202). Als Testamentsvollstrecker kann er nur fungieren, wenn die Erfordernisse des § 2201 vorliegen (vgl. auch § 2225). Als solcher unterliegt er der Aufsicht des Gerichts (§ 2227), nicht aber als Vorerbe.

19) Vgl. darüber Anspr. u. Klagr. S. 222/3.

wie wir dem Niessbraucher, falls ihm die Verwaltung nach Massgabe des § 2209 gegeben ist,[20]) die Stellung als Testamentsvollstrecker zu vindicieren haben, obgleich das Wort „Testamentsvollstrecker" nicht gebraucht ist, so wird es auch angängig sein, in diesem Sinne zu interpretieren, wenn etwa die Eheleute sich gegenseitig zu Erben und die Kinder zu Nacherben einsetzen und bestimmen, dass der überlebende Ehegatte befugt sein soll, über den Nachlass frei zu verfügen.

Allerdings geht eine solche Testamentsvollstreckung, bei der die Verwaltung „Selbstzweck" ist, über die Aufgaben hinaus, die nach dem bisherigen Recht das Amt des Testamentsvollstreckers charakterisierten. Die II. Kommission hat aber diese Neuerung mit Recht aufgenommen; bietet sie doch das alleinige Mittel, um im Rahmen des BGB. dem Niessbraucher am gesammten Vermögen diejenige Stellung zu geben, welche er nach der Absicht der Beteiligten haben soll. Auch in unserer Materie bietet diese Neuerung ein willkommenes Mittel, um Unvollkommenheiten der Gesetzgebung unschädlich zu machen.

III. Wie die Denkschrift zur Novelle (§ 293d) bestätigt und allgemein[21]) angenommen wird,[22]) unterscheidet das Gesetz zwischen „günstigen" Urteilen und solchen Urteilen, die „zu Ungunsten" des Vorerben ergangen sind. Die ersteren sind die Urteile, die immer „für" den Nacherben wirken, die letzteren diejenigen, die nur dann „gegen" ihn wirken, wenn der Vorerbe die freie Verfügungsgewalt über das abgeurteilte Erbschaftsrecht besitzt.

Es kommt also in der That darauf an, mit welchem Erfolg der

---

20) Man denke an das wohl als normal zu bezeichnende Testament der Eheleute: „Wir setzen unsere Kinder zu Erben ein, hinterlassen uns aber gegenseitig den Niessbrauch mit der Befugnis, über die Substanz frei zu verfügen".

21) Vgl. die Kommentare zu § 326, Planck-Ritgen, Erl. 5 zu § 2112 BGB.

22) A. M. Mendelssohn-Bartholdy, S. 345/9. Er macht den m. E. aussichtslosen Versuch, die höchst bedenklichen Konsequenzen des verfehlten § 326 durch folgende Interpretation zu beseitigen. Er meint, der Abs. 2 habe Urteile im Auge, „die über Verfügungen oder angebliche Verfügungen des Vorerben ergangen sind", also solche Urteile, die „zwischen dem Vorerben und einem Gläubiger oder Schuldner über eine von ihm eingegangene Verpflichtung (!) oder ein von ihm erworbenes Recht des Nachlasses ergehen". Dagegen schaffe ein Urteil des Vorerben über ein Recht seines Autors (des Erblassers) gegenüber dem Nacherben gerade so Rechtskraft, wie ein Urteil des Erblassers. — Das ist das gerade Gegenteil von dem, was der § 326 II CPO. zum Ausdruck bringen soll und — leider! — nur zu deutlich statuiert. Auch übersieht Mendelssohn-Bartholdy S. 345/6, dass § 326 II nur von Verfügung spricht und dass die Verpflichtungsübernahme keine Verfügung ist. Vgl. oben S. 228/9.



Vorerbe prozessiert hat. Gelang ihm die Besiegung des Gegners, so kommt dies dem Nacherben zu Gute; unterliegt er, so schadet die Rechtskraft dem Nacherben nur unter den eben bezeichneten Voraussetzungen.[23])

Hiermit ist eine Regelung getroffen, die allerdings den Nacherben gegen eine unglückliche Prozessführung des Vorerben sichert, die aber die Interessen des Gegners und die einfachsten Anforderungen der Gerechtigkeit völlig ausser Acht lässt. Es ist derselbe Missgriff, den man in § 1380 BGB. bezüglich des Ehemanns begangen hat.[24]) Er ist um so schlimmer, als der Gegner, abgesehen von den Ausnahmsfällen des § 326, II, keine Möglichkeit hat, vor dem Nacherbfall oder vor dem Unwirksamwerden der Nacherbeseinsetzung eine Entscheidung zu erlangen, welche ihm, falls sie ihm günstig ist, die Gewähr der Rechtssicherheit gibt.[25])

Wie bei anderen Gesetzesbestimmungen, bei denen man ganz neue Bahnen einschlug, hat man sich wohl auch hier die Konsequenzen nicht klar gemacht oder sie doch nicht zu übersehen vermocht. Nur einige Punkte mögen hervorgehoben werden.

1) Ist der Kläger mit seiner Klage wegen einer Nachlassverbindlichkeit, insbesondere auch wegen eines Vermächtnisses abgewiesen, so steht ihm die Rechtskraft entgegen, wenn er die Klage gegen den Nach-

---

23) Mendelssohn-Bartholdy, S. 348 Note 1 findet es „zum mindesten inkorrekt", dass ich in Anspr. u. Klagr. S. 217 die Unterscheidung des Gesetzes in der Weise des Textes wiedergegeben habe. Aber die Unterscheidung von günstigen und ungünstigen Urteilen hat keinen anderen Sinn, als die von Urteilen, in denen der Vorerbe siegt und unterliegt und jene Unterscheidung ist nun einmal im Gesetz enthalten, wie auch in der Denkschrift bestätigt und allgemein angenommen wird. Die Inkorrektheit liegt im Gesetz, nicht in der diesseitigen Auslegung. Auch CPO. § 856 IV spricht von der günstigen Entscheidung. Vgl. oben § 10 Note 28.

24) Die Denkschrift zu § 293 d bezieht sich auf ihn als das Vorbild des § 326 CPO. Über den § 1380 BGB. vgl. oben § 8 S. 58.

25) Misstraute man dem Vorerben, so hätte man Vorsorge treffen müssen, dass auf Verlangen des Gegners für die Geltendmachung von Nachlassverbindlichkeiten ein Pfleger zu bestellen sei oder dass durch Beiladung des Nacherben das Urteil ihm gegenüber wirksam gemacht werden könnte. Das Vorbild für diese Bestimmung hätte der § 856 CPO. abgeben können. (Vgl. näher u. § 54 Note 13a.) Für den Fall der Unbekanntschaft oder Nichtexistenz des Nacherben hätten §§ 1912 3 BGB. Hilfe geschaffen. — Dass die Urteile, welche gegenüber dem Nachlasspfleger ergehen, gegen den Nacherben ebenso unbedingt Rechtskraft schaffen, wie die Urteile, die gegenüber dem innerhalb seiner Verwaltungsmacht prozessierenden Testamentsvollstrecker erlassen sind, dürfte wohl kaum bezweifelt werden. Freilich kann dies nur annehmen, wer den einen ebensowenig wie den anderen als Vertreter des Erben (hier: des Vorerben) betrachtet.



erben wiederholt. Ist aber der Vorerbe verurteilt, so gibt das Urteil dem Sieger gegenüber dem Nacherben weder Rechtskraft noch Vollstreckbarkeit. Er muss die Klage wiederholen. Hat der Kläger die Vollstreckung des Urteils herbeigeführt, so ist er nicht mehr geschützt, als wenn der Vorerbe freiwillig erfüllt hätte. Er steht sogar noch schlechter, als in diesem Fall. Denn bei freiwilliger Erfüllung würde dem Nacherben nur die condictio indebiti zustehen, er hätte also den Beweis der Nichtschuld zu führen.[25a] Ist aber die durch das Urteil anerkannte Verpflichtung vollstreckt und handelt es sich um eine Geldschuld,[25b] so greift die besondere Vorschrift des § 2115 ein: die Vollstreckung ist in aller Regel unwirksam und der Sieger hat seinerseits das Platzgreifen der in § 2115 Satz 2 statuierten Ausnahmen (also das Bestehen der Nachlassverbindlichkeit) zu beweisen. Dabei kann er sich natürlich des in den Verhandlungen und Beweisaufnahmen des ersten Prozesses enthaltenen Beweismaterials bedienen, aber die Rechtskraft kommt ihm nicht zu statten.[25c]

Ebenso unbillig ist es, dass die abgewiesene Vindikation eines Grundstücks von dem Nacherben wiederholt werden kann, während der erfolgreich durchgeführte Eigentumsfeststellungsstreit dem Nacherben unbedingt zu statten kommt.

Der Verwandte, der wegen Ungültigkeit des Testaments die Herausgabe der Erbschaft erstritten hat, darf sich seines Besitzes nicht in Ruhe freuen. Ist er aber abgewiesen, so ist der Nacherbe durch die Rechtskraft geschützt.

25a) Mit diesem Nachweis siegt er unbedingt. Denn wenn der Kläger sich darauf berufen würde, dass der Vorerbe wissentlich eine Nichtschuld gezahlt hat (§ 814), so würde er damit zugeben, dass eine unwirksame unentgeltliche Verfügung vorgenommen ist (§ 2113 II).

25b) Handelt es sich um eine Verpflichtung anderen Inhalts, so bleibt es bei der zuvor bezeichneten Regel. (Die Vornahme der Verfügung wird, soweit zu ihr die Abgabe einer Willenserklärung gehört, durch das Urteil, und soweit es sich um die Übergabe einer Sache (insbesondere einer Urkunde) handelt, durch die Wegnahme seitens des Gerichtsvollziehers ersetzt. In der Wirkung sind diese Arten von Zwangsverfügungen den rechtsgeschäftlichen Verfügungen des Vorerben durch die in § 894/8 CPO. enthaltenen Fiktionen gleichgestellt. (Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 458 c. cit., ferner auch noch Planck-Ritgen Erl. 1 Abs. 2 zu § 2115.) — In diesen Fällen ist die Rückforderung auch dann ausgeschlossen, wenn der Vorerbe selbst die Verpflichtung zu der Verfügung übernommen hat, es sei denn, dass es sich um Immobiliarrecht oder um Schenkungen handelt. (Vgl. nachher S. 236/7.)

25c) Über den Fall, dass die Zwangsvollstreckung der Realisierung eines bestellten Pfandrechts dient, vgl. unten Note 37.



2) In diesen Fällen ist es wenigstens gewiss, welches Resultat sich aus der von dem Gesetz beliebten Regelung ergibt, und der Richter hat sich an dieses Resultat zu halten, mag es ihm auch noch so unvernünftig erscheinen. In anderen Beziehungen aber ergeben sich noch Fragen, deren Beantwortung recht zweifelhaft ist.

Wie soll es sein, wenn das Urteil teilweise günstig, teilweise aber ungünstig für den Vorerben ausgefallen ist und das ungünstige gegenüber dem Nacherben nicht wirkt? Handelt es sich um teilbare Rechtsverhältnisse, so wird man annehmen müssen, dass der günstige Teil der Entscheidung für den Nacherben wirkt, der ungünstige aber nicht gegen ihn. Ist z. B. der Vorerbe auf Rückzahlung eines Darlehens von 1000 M. verklagt und ist die Klage infolge einer Zahlungseinrede wegen 600 M. abgewiesen worden, so kommt dies dem Nacherben zu statten. Es ist nicht anders, als wenn der Erbschaftsgläubiger die Forderung in Teilbeträgen von 600 M. und 400 M. eingeklagt hätte und mit der ersteren abgewiesen wäre, mit der zweiten aber gesiegt hätte.

Sehr schwierig ist die Beantwortung, wenn der Urteilsinhalt sich in dieser Weise nicht quantitativ teilen lässt, so z. B. wenn der Vorerbe auf Feststellung eines Vertragsverhältnisses geklagt hat. Die von ihm erzielte Feststellung kehrt sich auch gegen den Vorerben, insofern sie ihn hindert, zu behaupten, dass das Verhältnis einen anderen Inhalt habe, als das Urteil besagt.[26]) Oder man nehme an, dass der Vorerbe die Verurteilung des Gegners auf Lieferung der gekauften Sache erzielt hat, dass aber die Verurteilung auf die Retentionseinrede des Beklagten hin eine entsprechende Einschränkung erfahren hat.

In solchen Fällen ist es meines Erachtens unbedingt ausgeschlossen, dass der Nacherbe sich auf die günstigen Seiten des Urteils berufen, im übrigen aber den Streit erneuern könnte. Vielmehr scheint hier nur die Alternative möglich zu sein: entweder hat der Vorerbe den ganzen Inhalt des Urteils anzuerkennen oder aber er kann sich in keiner Weise darauf berufen. Einen dritten Weg, auf dem die Schwierigkeiten besser gelöst werden könnten, vermag ich nicht zu finden.

3) Noch grössere Schwierigkeiten ergeben sich in dem Falle, dass der Vorerbe einen gegenüber dem Erblasser anhängig gewordenen Prozess

---

26) Dieser von Wach, Gutachten S. 75 f. gegen Fischer, Jahrb. f. Dogm. 40 S. 200, 222 verteidigten Ansicht habe ich mich in Anspr. u. Klagr. S. 167, 397 Note 43 S. 407/8 angeschlossen. Dafür auch Mendelssohn-Bartholdy § 11.



zu Ende geführt hat. Hält man sich an die Vorschrift des § 326, so würde sich das Resultat ergeben, dass das ungünstige Urteil gegen den Nacherben niemals wirkt, wenn es über einen Anspruch gegen die Erbschaft entscheidet, im übrigen aber nur in den Ausnahmefällen des § 326 II CPO. Dies wäre aber gleichbedeutend damit, dass für den Gegner das Ergebnis der Prozessführung des Erblassers selbst unwirksam würde.[27])

Dies wäre ein so ungeheuerliches Resultat, dass es unmöglich angenommen werden kann. Ebenso ist es undenkbar, dass der Nacherbe etwa den Prozess in derjenigen Situation, in welcher er von dem Vorerben aufgenommen wurde, nochmals aufzunehmen hätte, so dass also alles das, was nach der ersten Aufnahme geschah, geradeso ignoriert würde, als wenn ein Pseudoerbe den Prozess fortgesetzt hätte.

Aus diesen Schwierigkeiten gibt es, soviel ich sehe, nur den Ausweg, dass man den § 326 CPO. lediglich auf solche Prozesse bezieht, welche erst nach dem Vorerbfall anhängig wurden. Urteile, welche in bereits anhängigen Prozessen ergehen, wirken schlechthin für und gegen den Nacherben.[28])

Entsprechend ist anzunehmen, dass alle derartigen, von dem Vorerben noch nicht zu Ende geführten Prozesse von dem Nacherben fortzusetzen sind. Die Rechtfertigung ergibt sich aus dem vorher Gesagten und aus der Analogie des § 242 CPO. Der ihr zu Grunde liegende Gedanke ist, dass der Nacherbe die Prozesse fortzusetzen hat, deren Ergebnis für ihn massgebend wäre, wenn der Vorerbe sie bereits beendigt hätte. Hier kommt die Thatsache, dass der Nacherbe Gesammtnachfolger des Vorerben (in die Erbschaft) ist, zur ungeschmälerten Wirkung.

4) Ist es richtig, dass der Nacherbe der Successor des Vorerben ist und dass nach den allgemeinen Grundsätzen der Nacherbe in den anhängigen Prozess (über die Erbschaftsverhältnisse) succedieren müsste, so beantwortet sich auch die Frage, ob und wann die Succession in die nicht unter § 242 CPO. fallenden Prozesse[29]) möglich ist, in anderer

27) Man denke beispielsweise daran, dass der Erblasser den Streit durch zwei Instanzen hindurchgeführt hat und dass der Vorerbe ihn in der Revisionsinstanz aufnahm.

28) Er mag sein Interesse durch Anschluss als Nebenintervenient wahren; er hat als solcher die privilegierte Stellung des § 69 CPO.

29) Hat der Vorerbe einen Prozess geführt, der unter § 266 CPO. fällt, so ergibt

Weise, als dies von der Gegenseite geschieht. Die Denkschrift zur Novelle (§ 220a) meint, „an sich sei der Eintritt des Nacherben ausgeschlossen" und Gaupp-Stein (Bem. III zu § 242) lehren im Anschluss an diese Äusserung, in den nicht unter § 242 CPO. gehörigen Fällen sei er „nicht möglich". Wir sagen: er würde stattfinden, wenn er nicht verboten wäre. Verboten aber ist er lediglich mit Rücksicht auf den Nacherben.

Hieraus ergibt sich die Konsequenz, dass der Nacherbe den Prozess jedenfalls[30]) mit Zustimmung des Gegners übernehmen kann. Die Zustimmung des Vorerben ist nicht erforderlich. Er hat an der Fortführung des Prozesses nicht das gerinste Interesse. Widerspricht er der Übernahme des Prozesses durch den Nacherben, so entsteht dieselbe Prozessfigur, wie dann, wenn im Falle des § 266 CPO. der Rechtsnachfolger von seinem Rechte der Übernahme Gebrauch macht und die bisherige Partei widerspricht. — Es kann auch hier sein, dass der Nacherbe nur neben den Vorerben in den Prozess eintritt, so dann, wenn der Streit auch andere als erbschaftliche Verhältnisse betrifft oder wenn der Vorerbe als unbeschränkbar haftender Erbe belangt ist. In dem letzteren Fall bleibt er haftbar und deshalb auch Partei.[31])

IV. Die Erstreckung der Rechtskraft eines Urteils, welches über ein Erbschaftsrecht zu Ungunsten des Vorerben entscheidet, hängt

1) nach dem Wortlaut des Gesetzes davon ab, dass der Vorerbe über

---

sich eine Gesetzeskonkurrenz des § 266 und des § 326. § 266 bleibt ausser Betracht, da § 326 die lex specialis (mit Rücksicht auf den besonderen Grund der Succession) darstellt.

30) Ob der Nacherbe auch gegen den Willen des Gegners übernehmen kann, ist fraglich. Ich würde auch dies bejahen, da ich annehme, dass das Nichteintretenmüssen des Nacherben lediglich ein Privileg für ihn ist. Stirbt der Vorerbe — dies ist doch der reguläre Fall der Erledigung der Vorerbschaft — so müsste sich der Gegner unter allen Umständen das Eintreten einer neuen Partei gefallen lassen. Man denke doch auch an das, was bei der Fideikommiss- und Lehnsfolge (§ 34) zweifellos gilt.

31) Vom Standpunkt der Gegner ergibt sich das höchst unbefriedigende, ja geradezu unerträgliche Resultat, dass in allen den nicht unter § 242 CPO. fallenden Prozessen die Klage wegen Verlustes der Aktiv- oder Passivlegitimation abgewiesen werden muss, um sodann gegenüber dem Nacherben erneuert zu werden. Und doch muss in dem ersten Prozess die Frage, ob die Klage begründet war, entschieden werden, damit die Prozesskostenentscheidung gefällt werden kann. War sie begründet und veranlasst und erkennt der Kläger nach dem Eintritt der Nacherbfolge die nunmehrige Unbegründetheit an, so ist dies ein Fall, in dem unter analoger Anwendung des § 93 CPO. der Beklagte die Kosten trägt, obgleich die Klage abgewiesen wird. Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 364 5.



das Recht ohne Zustimmung des Nacherben verfügen kann. Der Besitz dieser Verfügungsmacht ist die Regel.

a) Ausgenommen sind aber die Fälle des § 2113. Nach dem Abs. 1 ist ihm die Verfügung über Grundeigentum und Immobiliarrechte, die zur Vorerbschaft gehören, entzogen. Sonach kann er einen Prozess über solche dingliche Rechtsverhältnisse nicht mit Wirkung gegen den Nacherben führen. Hierher gehören also Feststellungsprozesse über das dingliche Recht selbst und zwar auch solche, in denen für den Gegner ein Recht anerkannt ist, welches ein Erbschaftsgrundstück belastet[32]) oder durch seine Existenz ein gleichartiges Immobiliarrecht ausschliesst oder einem Erbschaftsrechte vorgeht.[33])

In besonderer Weise behandelt das Gesetz die Ansprüche aus einer zur Erbschaft gehörigen Hypothek. Dass er zu ihrer gerichtlichen Verfolgung berechtigt ist, folgt aus § 2114. Aber dieser Paragraph sagt keineswegs, dass er zur freien Verfügung über die Hypothek befugt ist, sondern er beseitigt nur das Hindernis, welches der Einziehung der Schuldsumme nach § 2113, I entgegenstehen würde.[34]) Mag der Vorerbe auf Hinterlegung geklagt haben oder mag er die Zustimmung zur Einziehung erhalten haben: in keinem dieser Fälle wirkt die Abweisung der Klage gegen den Nacherben. Denn die Zustimmung gab ihm nur das Recht der selbständigen Einziehung und somit das Recht, die Verurteilung zur entsprechenden Leistung zu beantragen. Die Abweisung der Klage würde nur dann gegen den Nacherben wirken, wenn dieser der freien Verfügung über die Hypothek zugestimmt hätte.[35])

Die höchst bedenkliche, aber unabweisliche Konsequenz der im § 2111 gegebenen Surrogationsvorschrift ist, dass diese Grundsätze auch dann gelten, wenn der Vorerbe über Immobiliarrechte prozessiert hat, welche mit Erbschaftsmitteln begründet worden sind.

---

32) Vgl. auch § 2115 Satz 2.

33) Man denke einerseits an Eigentumsstreit, anderseits an einen Streit über das Rangverhältnis zwischen einer erbschaftlichen Hypothek und einer solchen des Gegners.

34) Die Einziehung einer Schuldsumme ist eine Verfügung über das Recht auf dieselbe, das man durch die Empfangnahme aufgibt. Der Eigentümer des belasteten Grundstücks braucht eine Zahlung, die ihn nicht liberiert, nicht zu leisten. Vgl. unten § 38 II, 39.

35) Ist die Klage abgewiesen, nachdem der Beklagte die Hypothek mit Zustimmung des Nacherben eingezogen hat, so kann dieser dem nochmals klagenden Nacherben natürlich die Zahlung entgegenhalten. Auf das Urteil aber kann er sich nicht berufen.



Soweit es sich nicht um Prozesse über Rechte des beweglichen Vermögens[36]) handelt, prozessiert der Vorerbe entsprechend seiner freien Verfügungsgewalt mit Wirksamkeit gegen den Nacherben.

So wird insbesondere auch anzunehmen sein, dass ein Urteil, welches ein Pfandrecht an einer beweglichen Erbschaftssache oder an einer Forderung als bestehend anerkennt, dem Nacherben gegenüber wirksam ist.[37]) Dabei ist es gleichgültig, ob die Verpfändung durch den Erblasser oder durch den Vorerben stattgefunden hat. Denn der Vorerbe kann solche Verfügungen ebenso wirksam vornehmen, wie eine Veräusserung oder Abtretung.

Eine Beschränkung der Rechtskraftwirkung wird auch dadurch nicht herbeigeführt, dass der Vorerbe unentgeltliche Verfügungen über Erbschaftsgegenstände nicht treffen kann. Ist er mit der Klage gegen einen Erbschaftsschuldner abgewiesen, weil er diesem die Schuld schenkungsweise erlassen hat, so wirkt dieses Urteil allerdings auch gegen den Nacherben. Aber es verstösst nicht gegen die Rechtskraft, wenn er geltend macht, dass die verneinte Schuld jetzt bestehe. Denn die schenkungsweise vorgenommene Verfügung ist, solange die Nacherbfolge nicht eingetreten ist, vollwirksam. Sie wird nur unwirksam, wenn letztere eintritt.[38]) Der Nacherbe macht also ein Ereignis geltend, welches nach der letzten Thatsachenverhandlung eingetreten ist, und dies kann er ebenso wie der Kläger, der die Klage erneuert, nachdem das verneinte Recht infolge Eintritts der Resolutivbedingung oder eines Endtermins wieder entstanden ist.[39])

Indem ein solches Vorbringen gestattet wird, wird keineswegs gegen den Grundsatz verstossen, dass nur die Entscheidung, nicht aber die

36) Der Gegensatz ist hier aus § 2113 I zu entnehmen. (Anders § 1551 BGB.)

37) Dies ist von Bedeutung auch dann, wenn die Zwangsvollstreckung der Realisierung eines solchen Pfandrechts dient. Ist seine Bestellung gegenüber dem Nacherben wirksam, so greift die Ausnahme des § 2115 Satz 2 Platz.

38) Etwas anderes kann es nicht bedeuten, wenn § 2113 sagt: „sie ist im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam". Ganz entsprechend drückt sich übrigens § 161 BGB. aus, woraus erhellt, dass durch die im Gegensatz zu E. I § 1828 („wird unwirksam") gewählte Formulierung nicht etwa Rückwirkung statuiert wird.

39) Im Endergebnis — soviel ich sehe — übereinstimmend Mendelssohn-Bartholdy S. 346/7. Seiner Motivierung kann ich nicht folgen. Was soll es heissen: Der Nacherbe kann darthun, dass die Schenkung „für ihn keine Schenkung des Nachlasses sei"? Nach der hier vertretenen Ansicht (vgl. oben II) ist ein vom Vorerben erteiltes Versprechen, mag es Schenkung oder etwas anderes sein, allemal irrelevant gegenüber dem Nacherben, da es keine Nachlassverpflichtung erzeugen kann.



Entscheidungsgründe rechtskräftig werden. Entschieden ist, dass zur massgebenden Zeit das eingeklagte Erbschaftsrecht nicht besteht. Dass es jetzt wieder besteht, erweist der Nacherbe, wenn er darthut, dass es infolge einer unentgeltlichen Verfügung untergegangen war.

Gelingt ihm dieser Beweis nicht, so verstösst der Versuch, das verneinte Recht zu behaupten, gegen die Rechtskraft. Keineswegs ist ihm gestattet, sich darauf zu berufen, dass die von dem Kläger (dem Vorerben) in dem Prozess abgegebenen Erklärungen, welche eine ihm ungünstige Entscheidung herbeiführten, selbst eine unentgeltliche Verfügung darstellen. Das Zugeständnis, dass die eingeklagte Schuld zurückgezahlt sei, ist weder eine entgeltliche noch eine unentgeltliche „Verfügung“; es ist eine Prozesshandlung und der § 2113 II BGB. spricht nur von Rechtsgeschäften (des Civilrechts).

b) Die Beschränkungen der Verfügungsmacht, welche der § 2113 I enthält,[40]) können infolge einer Anordnung des Erblassers für alle Erbschaftsrechte oder für einzelne von ihnen fortfallen. Jeder Prozess über Immobiliarrechte bindet den Nacherben, wenn dem Vorerben die freie Verfügung über die Erbschaft überlassen ist.[41]) Sind ihm nur einzelne Arten von Verfügungen gestattet, so wirken gegen den Nacherben nur solche Urteile, die über das Bestehen oder Nichtbestehen einer solchen Rechtswirkung entscheiden, welche durch die gestattete Verfügung hätte herbeigeführt werden können. Ist ihm z. B. erlaubt, Hypotheken aufzunehmen, so wirken Urteile, welche das Bestehen von Hypotheken anerkennen, auch gegen den Nachfolger. Ist ihm erlaubt, über die auf Hypothek ausstehenden Forderungen zu verfügen, so präjudiziert dem Nacherben das Urteil, welches das Bestehen der zur Erbschaft gehörigen Hypothek verneint. Eigentumsfeststellungsstreitigkeiten, Pro-

---

40) § 2114 enthält keine Beschränkung, sondern eine Erweiterung gegenüber der durch § 2113 gegebenen Begrenzung (s. oben S. 236). § 2115 bezieht sich nicht auf die Verfügungen des Erben, sondern auf staatliche Zwangsakte (s. S. 232). Die §§ 2116/8 beschränken nicht die Verfügungsmacht, sondern statuieren Verpflichtungen des Vorerben zu solchen Rechtsgeschäften, durch deren *Vornahme* dann eine besondere materielle Rechtslage eintritt. (Anders § 1082.) Die übrigen in § 2136 angeführten Bestimmungen erzeugen lediglich Verpflichtungen des Vorerben, kommen also für uns nicht in Betracht.

41) Häufiger Ausdruck: er erhält die „Befugnis zur Verfügung über die Substanz“. — Bezüglich der unentgeltlichen Verfügungen gilt das zuvor (S. 237) Gesagte, da § 2113 II massgebend bleibt (§ 2136).

zesse über Grundgerechtigkeiten kann er auf Grund der eben bezeichneten Befreiungen nicht mit Wirkung gegen den Nacherben führen.

2. Das Gesetz (§ 326 II) berücksichtigt nicht den Fall, dass der Vorerbe die Verfügungsmacht, deren Besitz die Voraussetzung für die Erstreckung der Rechtskraft ist, durch die Zustimmung des Nacherben erhalten hat. In früherem Zusammenhang wurde bereits darzulegen versucht, dass das Massgebende der Besitz der Verfügungsmacht ist und dass die Quelle ihrer Entstehung irrelevant ist.[42]) Demgemäss wirken die Urteile gegen den Nacherben, wenn er dem Vorerben die freie Verfügungsmacht bezüglich des Prozessgegenstandes eingeräumt oder seine Zustimmung zu der Prozessführung gegeben hat.[43])

§ 34.

4. Familienfideikommiss- und Lehensnachfolge.

I. Die bisherigen Erörterungen ergaben eine ganze Reihe von reichsrechtlich geregelten Fällen, in denen sich die Succession in ein Spezialvermögen inter vivos oder nach dem Tode seines bisherigen Inhabers vollzieht und in denen dieser als Rechtsvorgänger des Erwerbers aufzufassen ist, obwohl der Grund zu der Succession von einem entfernteren Vorgänger gelegt ist.

Zu diesen Fällen tritt noch die sich nach dem Landesrechte regelnde Nachfolge in Lehen und in Familienfideikommisse. Soweit das Landesrecht nicht anders bestimmt hat, ist auch hier anzunehmen, dass der Erwerber Rechtsnachfolger seines Vorgängers ist. Pactum et providentia majorum bewirken nicht, dass der succedierende Anwärter Rechtsnachfolger des ersten Inhabers des Spezialvermögens ist,[1]) sondern sie bestimmen nur die Successionsordnung und verhüten die schädlichen

---

42) Vgl. oben S. 59,60 und u. Kap. IV.

43) CPO. § 728 fasst als möglich in das Auge, dass eine vollstreckbare Ausfertigung gegen den Nacherben erteilt wird. Dies setzt voraus: 1) einen Anspruch, der gegen den Vorerben als solchen gerichtet war, 2) eine Verurteilung des Vorerben, 3) dass diese Rechtskraft gegen den Nacherben schafft. Daraus geht also als zweifellos hervor, dass § 326 CPO. die Fälle, in denen ein Urteil gegen den Nacherben wirkt, nicht erschöpfend aufzählt.

1) Mit Recht ist auch schon von Anderen (vgl. Dernburg, Pr. PrR. I § 370) davor gewarnt, aus dem Satze, dass die Succession sich ex pacto et providentia majorum vollziehe, übertriebene Folgerungen zu ziehen. Vgl. oben § 33 Note 6.



Folgen, welche die Succession in dem hier verteidigten Sinne haben würde, wenn nicht die Verfügungsmacht des Rechtsvorgängers eingeschränkt und so das Spezialvermögen im Interesse der Anwärter gebunden wäre.

Die für das bisherige Recht allgemein anerkannte [2]) Erstreckung der Rechtskraft auf den Lehns- und den Fideikommissnachfolger findet in der hier verteidigten Eigenschaft dieser Personen als Rechtsnachfolger der Prozesspartei ihre mit den allgemeinen Rechtsprinzipien in Einklang stehende Rechtfertigung und man ist davor bewahrt, mit dem die Erstreckung nicht erklärenden, sondern sie nur beschreibenden Begriff der Repräsentation operieren zu müssen.[3])

In Frage kann von unserem Standpunkte aus nur das kommen, ob in dieser prozessrechtlichen, dem Landesrechte nicht unterstehenden Frage nicht ein Analogieschluss aus § 326 CPO. zu ziehen ist. Kann der Vorerbe nur in beschränktem Masse mit Wirkung gegen den Nacherben prozessieren, so scheint der Schluss geboten, dass dies bei dem in seiner materiellrechtlichen Verfügungsmacht noch weiter beschränkten Fideikommissinhaber und Vasall um so mehr gelten müsse. Dass die nach unserem Standpunkte in § 326 CPO. enthaltene Beschränkung der Rechtskrafterstreckung eine Singularität ist, würde der analogen Anwendung nicht schlechthin entgegenstehen. Doch dürfte die aufgeworfene Frage zu verneinen sein. Andernfalls würde man ja auch dahin gelangen müssen, in sonstigen Fällen, in denen dem Prozessführer die Verfügungsmacht fehlt, die Rechtskraft gegenüber seinem Rechtsnachfolger zu verneinen.

II. Eine Sonderstellung nehmen diejenigen Partikularrechte ein, welche das Eigentum (Obereigentum) am Fideikommissvermögen der

---

2) Vgl. Reichsgericht bei Bolze 14 Nr. 611d, Dernburg, Pr. PrR. I § 369 Note 4, Stobbe, D. PrR. II § 140 H. 9, Wach, Rechtskr. S. 34, Binder, Subj. Grenzen S. 76/7. Gaupp-Stein, Bem. III: A. zu § 375 („Rechtsnachfolger kraft eigenen Rechts"). Die Bemerkung von Fischer, Jahrb. 40 S. 176 Note 1 (dass für Feud. II 26 § 23, II 43 deutschrechtliche Gesichtspunkte massgebend gewesen seien und dass nach römischem Recht für analoge Fälle das Gegenteil gelte, kann ich in der letzteren Beziehung nach den obigen Ausführungen (§ 33 I) nicht für richtig halten. Die von ihm citierten Stellen sprechen weder von der Rechtskrafterstreckung, noch überhaupt von dem hier interessierenden Thatbestand, sondern davon, ob der Pfandgläubiger oder Superficiar die dem Eigentümer zustehenden Rechte (Servituten u. s. w.) ausüben kann.

3) Die Konsequenz ist, dass der Nachfolger in den anhängigen Prozess succediert. Was § 242 CPO. beschränkt anordnet, gilt hier allgemein.



ganzen Familie zuschreiben.[4]) Bei dieser Regelung des materiellen Rechtsverhältnisses verbietet es sich, den wegfallenden Inhaber als den Rechtsvorgänger des Folgenden aufzufassen und es fehlt demgemäss auch die Möglichkeit und Notwendigkeit, gemäss § 325 I CPO. eine Erstreckung der Rechtskraft anzunehmen. Vielmehr erscheint hier der Inhaber nur als der Verwalter des von jener Auffassung aus der Familie zustehenden Vermögens. Die Frage, in welchem Umfange ihn das Verwaltungsrecht und das durch diese bedingte Prozessführungsrecht zusteht, unterliegt der landesrechtlichen Regelung. Deshalb sind Bestimmungen, wie sie das preussische ALR. II, 4, §§ 118/9 enthält, auch jetzt noch massgebend. Dies gilt auch dann, wenn man, wie es Dernburg[5]) thut, in der Formulierung des Gesetzes eine unverbindliche konstruktive Auffassung findet und den Fideikommissinhaber als den Eigentümer des Grundstückes und die Anwärter als an fremder Sache berechtigt betrachtet. Von diesem Standpunkte aus erscheint ALR. II, 4, §§ 118/9 als eine Vorschrift, welche das Verwaltungsrecht des Inhabers derart beschränkt, dass es nur unter bestimmten Bedingungen wirksam ausgeübt werden kann.[6])

4) So ALR. II, 4 §§ 72/3 (ebenso Österr. GB. § 629) und Bayr. Edikt von 1818 §§ 42/3.

5) Pr. PrR. I § 374 Note 8.

6) Vgl. oben S. 9 Note 23. Dass das Gesetz direkt auf die Verbindlichkeit der Prozessentscheidung abstellt, hindert es nicht, die Vorschrift in diesem Sinne auszulegen.

VI. Abschnitt.

Die einzelnen Arten der Singularsuccession.

§ 35.

1. Die Rechtsübertragung im engeren Sinne (translative Succession).

I. Im eigentlichen und engsten Sinne des Wortes liegt eine Übertragung oder, wenn wir den Vorgang von der Seite des Erwerbers aus bezeichnen, eine Rechtsnachfolge dann vor, wenn der Erwerber völlig an die Stelle des bisherigen Berechtigten einrückt, wenn also eine Veräusserung in dem engeren Sinne vorliegt, in welchem das BGB. diesen Begriff gewöhnlich gebraucht.[1])

Eine solche Übertragung tritt auch dann ein, wenn als Objekt der rechtsgeschäftlichen oder richterlichen Verfügung oder der gesetzlichen Rechtsübertragung ein bestimmtes Recht bezeichnet ist, mit diesem aber andere Rechte[2]) als Nebenrechte so verbunden sind, dass sie mit dem Hauptrecht ihr Subjekt wechseln und sich ebenso wie dieses als das bestimmte Rechtsindividuum fortsetzen.[3])

Unter diesen Gesichtspunkt gehören ebenso die Pfandrechte, die

1) Vgl. dazu oben S. 151, II.

2) Über den Fall der solchergestalt mit dem Rechte verbundenen und mit diesem übergehenden Verpflichtungen vgl. unten § 47f.

3) Anders bei den Inhaber- und Ordrepapieren. Vgl. darüber unten § 42—44. — Irreführend ist es, wenn Windscheid I § 59 manche der unter den Gesichtspunkt des Textes gehörigen Fälle unter der Kategorie „Unbestimmtheit des Rechtssubjekts" behandelt. Dagegen auch Kipp a. a. O. Note 3.



Rechte aus der Bürgschaft, die Vorzugs-, Zurückbehaltungs- und Anfechtungsrechte[4]) und das Widerspruchsrecht,[5]) wie anderseits die „subjektiv dinglichen" Rechte, welche dem Eigentümer eines Grundstückes als solchem zustehen. Dies können nicht nur Sachenrechte, sondern, wie die Rechte aus dem von dem bisherigen Eigentümer geschlossenen Mietvertrag zeigen,[6]) auch persönliche Ansprüche sein.[7]) Und nicht nur die selbständigen dinglichen Rechte, wie die Grundgerechtigkeiten und das Vorkaufsrecht (§ 1094 II), gehören hierher, sondern auch die den nachbarlichen Eigentumsbeschränkungen entsprechenden Verbotsrechte und die (dinglichen) Ansprüche auf Beseitigung einer störenden Anlage (§ 1004 BGB.), nicht aber die persönlichen — auf Leistung aus dem Vermögen des Verpflichteten gerichteten — Ansprüche,[8]) wie z. B. die Forderung auf Schadensersatz, mag sie auf Grund einer unter die §§ 987 ff. oder unter die §§ 823 ff. fallenden Handlung entstanden sein.[9])

---

4) Bezüglich der Gläubigeranfechtung vgl. RG. 39 S. 12 und unten § 54.

5) So bezeichnet BGB. § 1407 Nr. 4 das Recht, welches durch die Widerspruchsklage (§§ 771/3) oder durch Einwendung nach § 766 CPO. „gegenüber einer Zwangsvollstreckung gerichtlich geltend gemacht" wird und von dem Eigentum oder dem sonstigen Privatrecht, um dessen willen das „Widerspruchsrecht" besteht, scharf zu unterscheiden ist. (Vgl. im allgemeinen Anspr. u. Klagr. S. 486 f.) Geht das Widerspruchsrecht auf den neuen Eigentümer der gepfändeten Sache über, so ist er auch berechtigt, aus dem überkommenen Widerspruchsrecht die Widerspruchsklage zu erheben. Das Klagrecht als solches ist nicht übertragbar.

6) Mit Unrecht bestreitet Hachenburg, Vortr. 2. Aufl. S. 222 f., dass der neue Eigentümer Rechtsnachfolger des Vermieters sei. Dass nicht alle Rechte und nicht alle Pflichten auf ihn übergehen, beweist nicht gegen das Vorliegen einer Rechtsnachfolge. (Über die hier zu machenden Unterscheidungen habe ich mich ausführlich in meinen Verträgen S. 427—438 geäussert.) Der neue Eigentümer tritt jedenfalls in das Mietverhältnis so, wie es sich bei dem Vermieter gestaltet hat, ein. Leugnet man dies, so macht auch ein Urteil über das Bestehen des Mietverhältnisses gegenüber dem Erwerber keine Rechtskraft — ein gerade unsinniges Resultat! — Rechtsübergang nimmt auch Dernburg, BR. II § 223 an. Vgl. auch Kohler, Prozessverh. S. 84, 141.

7) Die Frage, inwieweit die Nebenrechte Gegenstand einer selbständigen Verfügung sein können, interessiert in diesem Zusammenhang nicht.

8) Das RG. 40 S. 336 f. gelangt für das preussische Recht zu diesem richtigen Ergebnis, aber mit der Motivierung: in Beziehung auf solche Verhältnisse „erschienen die Eigentümer nur als jeweilige Vertreter der beteiligten Grundstücke (!)". Dass man Rechte vertreten könne, ist eine Formulierung, die sich auch sonst findet, wenn man bezeichnen will, dass die Geltendmachung des Rechts für andere Personen Wirkung hat. Es ist aber klar, dass hiermit keine Erklärung oder Motivierung gegeben wird, sondern mehr eine Beschreibung des Problems. Vgl. oben § 7, II.

9) Vgl. über die Notwendigkeit, die dinglichen (auf die Herstellung des dem dinglichen Recht entsprechenden thatsächlichen Zustandes gerichteten) Ansprüche auch

Auch von dem Eigentumsanspruch[10]) auf Herausgabe des Besitzes ist zu sagen, dass er dem Eigentümer als solchem zusteht und mit dem Eigentum auf dessen Erwerber übergeht, so z. B. wenn das in fremdem Besitz befindliche Grundstück[11]) aufgelassen wird oder wenn nach § 952 das Eigentum einer Urkunde durch Abtretung der in ihr verbrieften Forderung übergeht.[12]) Dass hier der Eigentumsanspruch nicht untergeht und als neuer entsteht, dass er vielmehr mit dem Eigentum übergeht, zeigt sich darin, dass die Verjährung, welche gegen den Voreigentümer begonnen hatte, gegen den Singularnachfolger ebenso wie gegen den Erben weiterläuft;[13]) es wird nicht dadurch widerlegt, dass der Erwerber des Eigentums keineswegs allen Einwendungen ausgesetzt ist, welche gegen den Voreigentümer begründet waren.[14])

Nur von dem hier verteidigten Standpunkte aus lässt es sich rechtfertigen, dass für den Grundstückserwerber die Verurteilung des dritten Besitzers zur Herausgabe, die der Auflassende erwirkt hat, wirksam und

von den unter dem Titel „Eigentumsanspruch" geregelten persönlichen Ansprüchen zu unterscheiden, die Ausführung in Anspr. u. Klagr. S. 30/4.

10) Entsprechend ist es bei den dinglichen Ansprüchen desjenigen, der ein Recht an fremder Sache hat.

11) Man denke hierbei auch an die Zubehörstücke, an denen Eigentum durch die Auflassung übertragen wird, § 926 BGB.

12) Bei beweglichen Sachen ist das Verhältnis im allgemeinen gerade umgekehrt, als in den für unsere Betrachtung relevanten Fällen: das Eigentum an der in fremdem Besitz befindlichen Sache kann nur durch Abtretung des Eigentumsanspruchs übertragen werden; der Übergang des Anspruchs ist das Primäre, der des Eigentums das Sekundäre (§§ 930/1). Eine interessante Situation ergibt sich, wenn das Eigentum einer dem Erwerber übergebenen Sache alsbald kraft dinglicher Surrogation an einen Anderen fällt: hier entsteht alsbald gegen den Erwerber der Eigentumsanspruch (z. B. für den verus heres nach § 2019, für die Ehefrau nach § 1381). Erwirbt der Erbschaftsbesitzer mit Erbschaftsgeld das Eigentum gemäss §§ 930/1, so geht der ihm abgetretene Eigentumsanspruch durch seine Person hindurch. Vgl. oben § 12 Note 5.

13) Bei Grundstücken vermindert sich die praktische Bedeutung des Satzes infolge des § 902 BGB.

14) Über diese auch bei der Cession der dinglichen Ansprüche wiederkehrende Frage enthält das BGB., abgesehen von § 986, keine Bestimmungen. (Gemeinrechtlich: Windscheid II § 337 Note 8, 9.) Soweit der Erwerber infolge seines guten Glaubens geschützt ist, ist anzunehmen, dass dieser Schutz sich auch darauf erstreckt, dass die aus dem dinglichen Recht normalerweise entspringenden dinglichen Ansprüche vorhanden und intakt sind. Hat der Grundstückseigentümer den Herausgabeanspruch dem A cediert, so steht dies dem B, wenn ihm aufgelassen wird, ebensowenig entgegen, wie die exceptio rei venditae, die gegen den Auflassenden begründet war. Dagegen steht die Verwendungseinrede, welche der Besitzer gegen den Voreigentümer erworben hat, auch dessen Nachfolgern entgegen. (Dies ist in §§ 999f. nicht gesagt, aber als selbstverständlich vorausgesetzt.)

vollstreckbar ist.[15]) Dass die Entscheidung über das Eigentum dem Erwerber zu gute kommt, versteht sich von selbst. Aber die Feststellung des dinglichen Rechts ist etwas anderes, als die Verurteilung aus dem Herausgabeanspruch.[16]) Sie ist in der ersteren nicht enthalten; das Eigentum kann bejaht, der Eigentumsanspruch verneint oder doch als zur Zeit nicht verfolgbar zurückgewiesen sein.[17]) Da nun die Rechtskraft nur soweit reicht, als die Rechtsnachfolge,[18]) so ergibt sich die Erstreckung der Wirkung der Entscheidung über den dinglichen Anspruch dann, aber auch nur dann, wenn man annimmt, dass die Übertragung des dinglichen Rechts den Übergang des zur Zeit der Übertragung begründeten dinglichen Anspruchs herbeiführt.

Dies gilt für den dinglichen Anspruch auf Herausgabe ebenso wie für den Anspruch auf Beseitigung einer Beeinträchtigung oder auf Unterlassung.[19])

II. Von grosser Bedeutung für die Rechtskrafterstreckung ist die Frage, in welchen Fällen eine Succession in den Besitz stattfindet. Da die Erörterung dieser Frage einen grösseren Umfang nimmt, wird sie in den folgenden § 36 verwiesen.

III. Rechtsnachfolger in dem bisher in das Auge gefassten engsten Sinne ist auch derjenige, welcher in das dem bisherigen Berechtigten allein zustehende Recht derart einrückt, dass nur ein Teil desselben auf den Erwerber übergeht. Hierher gehört nicht nur der Fall, dass das abgeteilte Recht nunmehr eine völlig selbständige Existenz hat,[20]) sondern auch der Fall, in welchem durch die Teilung eine Rechtsgemeinschaft entsteht, so dass die Rechtsübertragung sich als eine Vergemeinschaftung des ursprünglichen Rechts darstellt.[21])

---

15) Der Abweisung des Anspruchs kann die Rechtskraftwirkung gegen den Erwerber gemäss dem in Note 14 Gesagten fehlen. Vgl. oben §§ 13, 27/9.

16) Über diese prinzipielle Frage vgl. Anspr. u. Klagr. S. 408 f.

17) Man denke z. B. an den Fall, dass der Eigentümer gegen den Besitzer unterlegen ist, weil dieser Niessbraucher ist. Ist dieser Niessbrauch im Grundbuch eingetragen, so wirkt auch heute die Abweisung gegen den Erwerber.

18) Vgl. oben §§ 18/9.

19) Beispiel: Der Auflassende hatte gegen den Nachbarn auf Verbot einer Handlung geklagt, zu welcher der Beklagte sich nach den Grundsätzen des Nachbarrechts oder kraft einer bestehenden Grundgerechtigkeit für berechtigt erachtete.

20) Z. B. Abtretung eines Teils einer Geldforderung oder Einrücken in einen Teil der von einem Bürgen bezahlten Forderung (§ 774). Vgl. auch §§ 1164, 1168, 1176.

21) Für die Frage, ob Rechtsnachfolge vorliegt, ist es gleichgültig, ob die Rechtsgemeinschaft unter den Grundsätzen der Gemeinschaft nach Bruchteilen oder der Ge-

IV. Etwas weiter wird der Begriff der Rechtsnachfolge schon genommen, wenn der Rechtsnachfolger in die Berechtigung des bisherigen Alleinberechtigten in der Art aufgenommen wird, dass das Recht nunmehr jedem der Berechtigten in vollem Umfange zusteht — eine Art der Mitberechtigung, welche bei solchen Rechten vorkommt, die lediglich auf die Herbeiführung eines Rechtserfolgs gerichtet sind, also bei den Rechten auf eine Leistung und bei den „Rechten des rechtlichen Könnens“.[22])

§ 36.

Fortsetzung (Rechtsnachfolge in den Besitz).

I. Dass eine Rechtsnachfolge in den Besitz im Falle der Erbfolge eintritt, bestimmt § 857 BGB. ausdrücklich. Dass aber auch eine Singularnachfolge in den Besitz stattfindet,[1]) wird in den §§ 221, 861 II, 682 II 999 vorausgesetzt und muss deshalb im Sinne des BGB. möglich sein; sie ist überall da anzunehmen, wo der jetzige Besitzerwerber sein Besitzverhältnis durch Einigung[1a]) mit dem Vorbesitzer[2]) begründet hat.[3])

---

sammthändergemeinschaft steht. Denn auch bei der letzteren sind „Anteile den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen“ vorhanden. Vgl. oben § 30 Note 19.

22) Vgl. Anspr. u. Klagr. § 28. Das Analogon auf der Passivseite ist das Eintreten in ein Schuldverhältnis als ein Gesammtschuldverhältnis. — Eine Erstreckung der Rechtskraft gegen den Gesammtberechtigten kommt nach § 325 I CPO. nur dann in Frage, wenn er nach dem Prozessbeginn in die Berechtigung aufgenommen (kooptiert) wurde. Beginnt der Prozess, nachdem die Gesammtgläubigerschaft eingetreten ist, so entscheidet § 429 verb. mit § 425 II BGB.

1) Die herrschende gemeinrechtliche Lehre stand auf dem entgegengesetzten Standpunkt und nahm an, dass der Besitz immer originär begründet werde. Vgl. die Litteratur bei Windscheid-Kipp I § 153 Note 10, besonders Strohal, Succession in den Besitz nach röm. R. (1888) und in Iherings Jahrb. 38 S. 58f.

1a) Voraussetzung ist, dass sie gültig ist. Hat ein Wahnsinniger die von ihm besessene Sache übergeben, so erwirbt der Empfänger zwar den Besitz, aber nicht durch Nachfolge. Soll der Besitz durch Abtretung des Herausgabeanspruchs verschafft werden, so ist das Geschäft nichtig. Ebenso kann der Geschäftsunfähige kein constitutum possessorium schliessen und die Einigung des § 854 II BGB. ist also solche wirkungslos. Ergreift der andere Teil den Besitz, so ist er wiederum nicht durch Rechtsnachfolge Besitzer geworden.

2) Ihr steht in der Wirkung gleich die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher, CPO. § 897.

3) Dass die einfache Einigung genüge, ist damit natürlich keineswegs gesagt. Vgl. §§ 854 II, 861, 930, 931, dazu Strohal a. a. O., Cosack, II § 187, Dernburg,



Eine streitige, gerade für die Rechtskraftfragen bedeutungsvolle Frage ist die, ob das Besitzverschaffungsgeschäft ein abstraktes ist. Diese Frage ist zu bejahen. „Durch Rechtsnachfolge gelangt eine Sache in den Besitz eines Dritten“ (§ 221 BGB.) nicht nur dann, wenn mit der Besitzverschaffung zugleich eine andere Rechtsnachfolge (in das Eigentum u. s. w.) herbeigeführt wurde, sondern auch dann, wenn diese nur beabsichtigt war, ja selbst dann, wenn die Übergabe lediglich die Besitzverschaffung zum Gegenstande hatte.[4])

Gegen diese Ansicht hat Planck in dem Kommentar zu § 221 seine Stimme erhoben und ihr Gewicht nötigt uns dazu, etwas genauer auf die Frage einzugehen.

Planck lehrt, dass eine Rechtsnachfolge nur vorliege, wenn der bisherige Besitzer dem neuen Besitzer sein Recht zum Besitze der Sache oder, falls er ein solches nicht hat, doch die Rechtsposition, die er in Ansehung der Sache habe, übertrage. Planck erkannte also an, dass auch der übergebende Nichteigentümer Rechtsvorgänger des Erwerbers sein kann und in der That kann dies gar nicht geleugnet werden, da andernfalls der § 221 BGB. gar keinen Sinn haben würde. Setzt er doch voraus, dass der Besitzer und sein Nachfolger dem Eigentumsanspruch ausgesetzt sind und dass sie gegen ihn die Einrede der Verjährung erwerben. Nun hat aber der übergebende Nichteigentümer eine „Rechtsposition in Ansehung der Sache“ lediglich insofern, als er den Besitz hat. Da Planck diese Rechtsposition nicht meint, so ist das Ding, von dessen Übertragung die Besitznachfolge abhängig sein soll, ein Nichts[5]) und das von Planck aufgestellte Erfordernis kann im

---

BR. III 18. Lehmann, BR. II § 21 a. E. lehrt, dass derivativer Besitzerwerb nur beim Erwerb durch Erbgang vorliege; er erkennt zwar an, dass das Gesetz auch beim Besitzerwerb durch Übertragung von Erwerb des Besitzes durch Rechtsnachfolge redet, er will aber hier trotzdem nicht von „wirklich derivativem Besitzerwerb“ gesprochen wissen.

4) Übereinstimmend Hölder, Komm. Anm. 3 zu § 221, Kipp bei Windscheid I S. 697.

5) Sollte Planck etwa den Ersitzungsbesitz im Auge haben, so wäre zu erwidern, dass dann der bösgläubige Besitzer nicht in der Lage wäre, den Besitz zu übertragen und dass ebenso eine Besitznachfolge durch den bösen Glauben des Erwerbers ausgeschlossen wäre. Wird aber jemand bestreiten, dass der Käufer Besitzer wird, wenn ihm der bösgläubige Verkäufer den Besitz „dadurch überträgt, dass er ihm den Anspruch auf Herausgabe (gegen den Mieter der Sache) abtritt“ (BGB. § 861)? Und ist zu bestreiten, dass er es durch Einigung mit dem Verkäufer wird? — Zu be-



Grunde genommen nichts weiteres bedeuten, dass die Besitzübertragung mit der Absicht der Eigentumsübertragung erfolgt sein muss.

Der Besitz des BGB. — im Sinne des Besitzrechts — ist ein von einem gewissen thatsächlichen Verhältnis (des Besitzers oder des Besitzmittlers) abhängiges selbständiges Rechtsverhältnis des Sachenrechts, welches sowohl originär, als auch derivativ begründet werden kann. Und wie die Wirkung des Eigentumsübertragungsgeschäfts von der Art und von der Verwirklichung seiner causa unabhängig ist, so gilt hinwiederum dasselbe von der Übertragung des Besitzrechts im Hinblick auf den Zweck, zu dem sie stattfindet. Die Plancksche Ansicht trägt in das Gesetz eine Unterscheidung hinein, die diesem fremd ist und im Widerspruch mit unzweideutigen Bestimmungen, wie namentlich den §§ 861 II, 862 II und dem bereits von Hölder[6]) mit Recht angeführten § 999 I BGB.[7]) steht. Die Bezugnahme Plancks auf den ersten Entwurf ist gegenüber den meines Erachtens nicht misszuverstehenden Bestimmungen des Gesetzes deshalb nicht beweisend, weil der erste Entwurf eine völlig andere Auffassung über den Besitz und die Möglichkeit einer Besitznachfolge hatte. Die Bestimmung des § 192 (E. I), welche gewisse Besitznachfolger neben den Rechtsnachfolgern aufzählte und überflüssigerweise in die CPO. (§§ 325 I, 727) aufgenommen ist, ist für unsere Frage schon deshalb nicht beweisend, weil sie sich nur auf die Besitzmittler bezieht.[8])

Hiernach erscheint es mir sicher: der Besitzer eines Grundstückes, der es dem Tradenten zurückgibt, weil die in Aussicht genommene Auflassung etwa wegen Formlosigkeit des Veräusserungsvertrags nicht erzwungen werden kann oder weil dieser rückgängig gemacht wurde, ist ebenso Besitzvorgänger des Rückerwerbers, wie dieser ihm den Besitz

---

achten ist auch, dass der Ersitzungsbesitz nur bei beweglichen Sachen in Frage kommt. Wird der Käufer, dem (ohne Auflassung) der gegen den Pächter gerichtete Herausgabeanspruch abgetreten wird oder der bezüglich des freiliegenden Ackers die Einigung des § 854 II schliesst, nicht der Besitzer?

6) Komm. Anm. 3 zu § 221.

7) Vgl. dazu auch Stammler, Einr. aus d. R. eines Dritten S. 77. Verstehe ich ihn recht, so führt er den Übergang der Verwendungseinrede auf eine Abtretung des Verwendungsanspruchs zurück. Aber daraus, dass die Parteien dessen Übergang ausschliessen können, folgt nicht, dass er auf eine Abtretung zurückzuführen ist. Der Übergang findet kraft Gesetzes statt, ohne dass die Parteien eine Ahnung von der Existenz eines Anspruchs gehabt zu haben brauchen.

8) Vgl. darüber nachher S. 250f.



übertrug, als er ihm den Eigenbesitz des Grundstücks unter Vorbehalt späterer Auflassung herausgab. [9])

Der Ehemann, der eine Sache mit Mitteln des Vorbehaltsguts erwarb, ist für die Frau jedenfalls der Rechtsvorgänger im Besitz, wenn er ihr diesen übergibt, weil sie durch den Erwerb Eigentümerin geworden war (§ 1381), ebenso der Erwerber, der den Besitz nach Rückfall des Eigentums zurückgibt, [10]) endlich auch der Finder, der die Sache dem vermeintlichen Eigentümer aushändigte, überhaupt jeder Besitzer, der sich freiwillig oder gezwungen zur Herausgabe an den zum Besitze Berechtigten entschliesst.

In allen diesen Fällen kommt in Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht[11]) die Besitzzeit des Übergebers dem Erwerber hinsichtlich der Ersitzung[12]) und der Verjährung des dinglichen Anspruchs zu statten.[13])

Gar nicht zu entbehren ist die hier vertretene Ansicht, wenn die Rechtskrafterstreckung gegen den Nachfolger im Besitz gerechtfertigt werden soll. Denn sie ist davon abhängig, dass der Dritte Rechtsnachfolger der Partei ist, mit welcher über den Besitz oder über einen durch diesen erzeugten Anspruch prozessiert ist.[14]) Auch hier muss wieder betont werden, dass die Rechtskraft einer über ein solches Rechtsverhältnis ergehenden Entscheidung und des Eigentumsfeststellungsurteils völlig von einander zu trennen sind. Planck[15]) will an einem Beispiel zeigen, dass unser Standpunkt zu widerspruchsvollen Entscheidungen führen müsse. Er supponiert den Fall, dass der frühere Besitzer auf Grund eines nichtigen Vertrags seinen Besitz

9) Nach der Planckschen Ansicht müsste hier entweder geleugnet werden, dass Besitz erworben würde, oder doch, dass die Einigung des bisherigen Besitzers und des Käufers (§ 854 II) ihm den Besitz übertragen könne. Denn welches wäre unter der Grundbuchverfassung die „Rechtsposition“, die übertragbar wäre oder an deren Übertragung Parteien, die nur die geringsten Rechtskenntnisse besitzen, auch nur gedacht haben könnten?

10) Sowohl im Falle der Anfechtung, wie bei Eintritt der Resolutivbedingung. Vgl. oben § 15 II, § 16 Note 38.

11) Vgl. Windscheid I § 181 N. 11, § 110 N. 5 c. cit.

12) Natürlich nur dann, wenn der Besitzvorgänger Ersitzungsbesitz hatte (§ 943). Deshalb behält der § 940 seine grosse Bedeutung.

13) Das Gegenteil verteidigt Planck im Widerspruch mit dem praktischen Bedürfnis, welches sogar die Motive Bd. I S. 341 zu dem Resultate des Textes führte, obwohl sie ebenso wie Planck eine Rechtsnachfolge leugnen.

14) Vgl. hierüber näher unten § 48—52.

15) Erl. 2 Abs. 2 a. E. zu § 221.



übertragen hatte und dass der Zwischenbesitzer rechtskräftig verurteilt wurde, „das Eigentum des Klägers anzuerkennen“.

Wenn Planck meint, in diesem Fall habe der Kläger, solange der Zwischenbesitzer besass, nur gegen diesen klagen können, so ist dies richtig für den Eigentumsanspruch, der durch den Besitz bedingt ist, nicht aber für die Eigentumsfeststellungsklage, welche gegen den Eigentumsprätendenten (in dem von Planck supponierten Fall also gegen den Veräusserer) gerichtet werden konnte, obwohl er nicht mehr der Besitzer war. Ist der Zwischenbesitzer zur Anerkennung des Eigentums und zur Herausgabe verurteilt,[16]) so ist es ganz richtig, dass die Feststellung nicht gegen den Vorbesitzer wirkt. Denn dieser leitet sein Eigentum nicht von dem Zwischenbesitzer ab. Den Besitz aber erhält er von ihm zurück. Deshalb ist die Verurteilung zur Herausgabe auch gegen den Vorbesitzer als den Besitznachfolger vollstreckbar.[17]) Von unserem Standpunkte aus folgt aber gerade das Gegenteil von dem, was Planck als seine Konsequenz betrachtet. Unser Standpunkt führt gerade dazu, dass der Vorbesitzer sich unter keinen Umständen auf die während des Zwischenbesitzes vollendete Verjährung berufen kann. Denn Planck übersieht, dass die Verjährung durch die Erhebung der Klage gegen den Nachbesitzer unterbrochen wurde (§ 209).

II. Auf dieser Grundlage ist nunmehr die Frage zu beantworten, ob der Mieter, der Entleiher und sonstige Besitzmittler als Rechtsnachfolger des nunmehr mittelbaren Besitzers zu betrachten sind. Dieselbe Frage liegt vor, wenn der mittelbare Besitz als ein mehrstufiger gestaltet ist, so dass der Besitzmittler den Besitz weiterübertragen hat und er (z. B. der Mieter) gegenüber dem Vermieter als Besitzmittler, gegenüber dem Aftermieter aber als der mittelbare Besitzer erscheint.[18]) Nur eine besondere Erscheinungsform dieser Mehrstufigkeit liegt dann vor, wenn der bisherige Eigenbesitzer zunächst Besitzmittler für einen durch constitutum possessorium zum (mittelbaren) Eigenbesitzer

---

16) Planck scheint der Ansicht zu huldigen, welche in der Klage über den Eigentumsanspruch eine Entscheidung über das Eigentum findet.

17) Die Behauptung, der Eigentümer zu sein, steht, wie schon betont, in dem obigen Beispiel dem Vorbesitzer frei; sie verstösst nicht contra rem judicatam. Dadurch kann er auch die Verurteilung zur Herausgabe bedeutungslos machen, vgl. oben S. 140 Note 12/3, ferner § 48 Note 20.

18) BGB. § 871.



gemachten Erwerber wurde und nun einen Dritten zum Besitzmittler macht.

Folgt man dem Wortlaut des § 325 CPO., so scheint der Schluss geboten, dass der neben dem Rechtsnachfolger aufgeführte Besitzmittler nicht unter die Kategorie der Rechtsnachfolger zu subsumieren ist. In der That ist dies die allgemein verbreitete Meinung. So sagt die Denkschrift zur Novelle § 293d, dass die Besitzmittler den Rechtsnachfolgern „gleichgestellt“ seien und Planck [19]) meint, nach § 325 sei es unzweifelhaft, dass die Übertragung des Besitzes für sich allein [20]) keine Rechtsnachfolge begründe.

Zur Beurteilung dieser Frage ist die Erinnerung an die Entstehungsgeschichte des § 325 I erforderlich. Er stammt aus dem Vorentwurf des BGB. (§ 192) und von dessen Standpunkt aus erscheint es verständlich, dass die „Inhaber“ neben den Rechtsnachfolgern erwähnt wurden. Denn der erste Entwurf wollte die Rechtsnachfolge in den Besitz nicht anerkennen. Nachdem man sich auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt hatte, hätte die Erwähnung der Besitzmittler unterbleiben können. Dass man sie beibehielt, kann nur daraus erklärt werden, dass man Zweifel ausschliessen wollte.[21]) Vom Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs hätte dann aber an Stelle des „oder“ ein „insbesondere“ gesetzt werden müssen.

Denn wenn nach dem BGB. der Besitz ein Rechtsverhältnis ist, in welches als solches — d. h. unabhängig von der causa traditionis — eine Rechtsfolge möglich ist, so ist es m. E. gar nicht zweifelhaft, dass dasselbe für den hier fraglichen Fall gelten muss. Räumt der Eigenbesitzer dem Mieter, dem Niessbraucher u. s. w. den Besitz ein, so liegt das Besondere nur darin, dass der Nachfolger den bisherigen Besitzberechtigten

19) Erl. 2 Abs. 2 zu § 221, vgl. auch Vorbem. IVe vor § 1. Ebenso die Kommentare von Gaupp-Stein, Bem. III zu § 325, Struckmann-Koch, Petersen-Anger, ferner Schmidt, Änderungen S. 110, Bunsen, Lehrb. S. 441.

20) D. h. ohne dass die „Rechtsposition“, welche Planck dem nicht-berechtigten Autor zuschreibt, übertragen wird, vgl. oben S. 247.

21) Dies bestätigen die Protokolle I S. 258, VI S. 659, 660 als den Standpunkt der Kommissionsmehrheit. Übrigens wird schon für das bisherige Recht die Wirkung und Vollstreckbarkeit des Urteils gegen den Mieter, Beauftragten u. s. w., der die Sache nach dem Prozessbeginn erhielt, verteidigt. Vgl. Schultze, Vollstreckbarkeit S. 103/4. Die Bedürfnisse des Rechtslebens sind in der That so stark, dass sie die Bedenken gegen die auch schon für das bisherige Recht mit Unrecht geleugnete Nachfolge in den Besitz überwinden mussten.



nicht verdrängt, sondern „auch“ das Besitzrecht erhält. Es liegt also ein besonders gestalteter Fall derjenigen Art von Rechtsnachfolge vor, welche bereits oben (§ 35) im allgemeinen betrachtet und als Aufnahme eines Mitberechtigten bezeichnet wurde. Sicherlich gilt heute wie im römischen Rechte der Satz: dominium und possessio plurium in solidum non esse potest noch insofern, als nicht mehrere Eigenbesitzer in solidum sein können. Aber im Gegensatz zum römischen Recht und im Einklang mit der deutschrechtlichen Auffassung [22]) ist eine Mehrfachheit des Besitzverhältnisses sehr wohl in der Weise möglich, dass der eine den anderen als den Oberbesitzer anerkennt.

Mittelbare Besitzer und Besitzmittler sind also konkurrierend Besitzberechtigte und eine Konsequenz davon ist, dass sie aus einer Besitzentziehung Gesammtgläubiger werden: der mittelbare Besitzer kann dieselbe Leistung fordern, wie der depossedierte Besitzmittler: nämlich die Herausgabe an diesen. [23]) Das entsprechende gilt von den Ansprüchen, welche auf der Schuldnerseite durch den Besitz als solchen begründet werden: sie haften beide auf Herausgabe, da sie beide Besitzer sind. [24])

---

22) Vgl. besonders Gierke, Bed. des Fahrnisbes. S. 6f., c. cit.

23) Über diese kraft Gesetzes eintretende und in manchen Punkten eigenartige Mitgläubigerschaft vgl. Anspr. u. Klagr. S. 194f.

24) Man sollte es heute vermeiden, danach zu fragen, ob die Eigentumsklage gegen den mittelbaren Besitzer zulässig sei. Ist mit ihr die Eigentumsfeststellungsklage gemeint, so ist die Frage zweifellos zu bejahen, da diese Klage lediglich durch das Feststellungsinteresse begründet wird und Besitz des Beklagten weder erforderlich, noch allein genügend ist. Ist die Klage auf Verurteilung zur Herausgabe gemeint, so hängt die Beantwortung davon ab, ob für den Eigentümer gegen den mittelbaren Besitzer der Anspruch auf Herausgabe begründet ist, eine Frage, deren Bejahung durch § 991 BGB. m. E. ausser Zweifel gestellt wird. Denn die Interpretation, welche die Rechtshängigkeit gegen den mittelbaren Besitzer als eine durch seinen Eintritt in den Prozess (§ 76 CPO.) erzeugte betrachtet (so Wendt, civ. Arch. 87 S. 74), ist m. E. unhaltbar. Hängt doch der Eintritt solcher Rechtshängigkeit sowohl von dem Willen des beklagten Besitzmittlers, wie des mittelbaren Besitzers ab! Auch bezieht sich der § 76 Abs. 1 nicht auf solche Ansprüche, wie sie der § 991 im Sinne hat. Die Verurteilung des mittelbaren Besitzers ist für den Eigentümer auch in Ansehung der Hauptsache keineswegs interesselos (§ 886 CPO.) und die Erlangung der Nutzungen u. s. w. (§ 987—990 BGB.) wäre dem Eigentümer verschlossen, wenn der Oberbesitzer schlechtgläubig, der Unterbesitzer aber gutgläubig ist und nur gegen den letzteren der Eigentumsanspruch begründet wäre. Im übrigen darf auf Gierke, Fahrnisbesitz S. 53f., verwiesen werden. Vgl. auch oben § 10 bes. S. 75f.



§ 37.

2. Die konstitutive Succession.

Bisher wurden solche Fälle der Rechtsnachfolge betrachtet, in denen diese ein Einrücken an die Stelle des Berechtigten oder doch an seine Seite bedeutet. Zweifellos ist aber der in § 325 CPO. gebrauchte Begriff in einem weiteren Sinne zu nehmen. Er umfasst alle diejenigen Erwerber, deren Rechtsstellung auf Kosten eines fremden Rechts derart verbessert wird, dass dieses als die Quelle der Verbesserung erscheint.

I. Hierher gehört [1]) einmal die sog. konstitutive Succession, welche eine „Belastung" [2]) eines bestehenden Rechtes mit dem Rechte des Erwerbers und somit eine Einschränkung des belasteten Rechts herbeiführte.

Von den zahlreichen unter diesen Begriff fallenden Unterarten des abgeleiteten Erwerbs [3]) braucht hier im einzelnen nicht näher gesprochen zu werden. Nur auf das dingliche Vorkaufsrecht und auf die Rechtswirkung, welche die Eintragung einer Vormerkung hat, muss mit einigen Worten eingegangen werden. Da das Vorkaufsrecht Dritten gegenüber die Wirkung einer Vormerkung hat (§ 1098), so ist von dieser auszugehen.

II. Die Vormerkung.

1. Sie erzeugt nicht etwa bereits in bedingter Weise die dingliche Rechtswirkung, deren Herbeiführung sie sichern soll, [4]) anderseits macht

1) Über die restitutive Succession vgl. §§ 38, 39, über die bei der Okkupation mögliche Rechtsableitung vgl. § 40, über die Rechtsverleihung §§ 41/4.

2) Vgl. z. B. BGB. § 353 II, GO. § 6, 27 II. Bekker, System I S. 113 zählt zu den konstitutiven Übergängen die „Konstituierung einer Obligation aus Vermögen". Das könnte acceptiert werden, wenn die Obligation dem Gläubiger Rechte am Vermögen des Schuldners geben würde. Es ist dies aber nicht der Fall. Der Gläubiger hat zwar das Recht, einen Vollstreckungstitel zu erlangen und sich die Leistung aus dem Vermögen des Schuldners zu verschaffen. Aber sowohl das erstere Recht auf Urteil (Klagrecht), als das Vollstreckungsrecht sind publizistische Rechte (gegen den Staat). Privatrechtlich hat er nur das Recht, von dem Schuldner Leistung zu verlangen. Die Obligationen sind keine „aus" dem Vermögen begründete Rechte am Vermögen. Dieses steht nur in seinem jeweiligen Bestande dem Vollstreckungszugriff der Vollstreckungsbeamten offen, die der Gläubiger in Bewegung setzt und die mit Wirkung für den Gläubiger, aber nicht als seine Vertreter handeln.

3) Vgl. BGB. Buch III Abschn. 4—9. Dass die Ableitung auch hier auf Richterakt und Gesetz (vgl. z. B. § 559 BGB.) beruhen kann, braucht nur erwähnt zu werden.

4) BGB. § 883 I. Im folgenden wird der Einfachheit des Ausdrucks halber und

sie auch nicht etwa die Verpflichtung zur Auflassung zu einer solchen, welche auf dem Grundstück ruhen würde. Vielmehr besteht die charakteristische Wirkung der Vormerkung nach § 883 II BGB. in der Unwirksamkeit der die Verwirklichung des Anspruchs beeinträchtigenden Verfügung des Schuldners. Sieht man genauer zu, so ergibt sich folgendes. Der Dritte erwirbt trotz der Vormerkung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung das ihm aufgelassene Grundstück; ebenso geht eine Hypothek trotz der Vormerkung des Anspruchs auf Cession durch die Löschung unter. Dritte Personen können die in § 888 II angeordnete Unwirksamkeit nicht geltend machen. Nur der gesicherte Gläubiger kann dies thun [5]) und zwar in der Weise, dass er die zur Realisierung des vorgemerkten Anspruchs erforderliche Verfügung des Schuldners herbeiführt. Diese ist dann geradeso wirksam, als hätte die gegen die Vormerkung verstossende Verfügung nicht stattgefunden. Die Auflassung des Schuldners, der nicht mehr eingetragen ist, macht den Gläubiger zwar noch nicht zum Eigentümer, da die Eintragung hinzukommen muss, aber sie wirkt materiell geradeso, wie die Erklärung des eingetragenen Eigentümers.

2. Gewiss hat der vorgemerkte Gläubiger hiermit kein Sachenrecht, dessen Inhalt die Herrschaft über das Grundstück oder auch nur die Berechtigung zu einer positiven Einwirkung auf das beherrschte Objekt wäre. Aber man ist wohl berechtigt, hier insofern von einem dinglichen Recht [6]) zu sprechen, als der Erwerber die Verfügung über das

---

mit Rücksicht auf die Analogie des Vorkaufsrechts exemplifikativ von dem Anspruch auf Auflassung gesprochen.

5) § 883 II ordnet zwar nicht wie § 135 die bloss relative Unwirksamkeit an; aber trotzdem ist sie gewollt. Die Unwirksamkeit besteht nur um des vorgemerkten Anspruchs willen und sie ist eine schwebende. Sie tritt erst dann zu Tage, wenn sie durch Realisierung des Anspruchs geltend gemacht wird. Erst diese Realisierung hat ähnliche Bedeutung, wie sie nach § 161 und § 2113 BGB. der Erfüllung der Bedingung oder dem Nacherbfall zukommt. — Dieselbe Auffassung liegt bei Planck, Erl. I, 2 zu § 888 zu Grunde. Denn sonst könnte dort nicht — ganz zutreffend — gelehrt werden, dass auch der Erwerber im Stande ist, den Gläubiger des Grundstücks aufzulassen.

6) So Dernburg, BR. III § 50 (2. Aufl. § 51 Nr. 4). Cosack, Lehrb. II S. 54, Jäger, Komm. z. KO. § 24 Anm. 3. — Plancks KommErl. 2 zu § 883 leugnet ein „dingliches Recht", nimmt aber doch ein „formelles Sicherungsmittel dinglicher Natur" an und in Erl. I, 1 a. E. zu § 888 wird sogar gesagt: Die V. hat gleichwie die Hypothek dinglichen Charakter. Der hierbei gemachte Unterschied ist nicht verständlich. — Unterstützend für die Annahme eines dinglichen Rechts auch § 24 KO. Danach müssen die Konkursgläubiger die dingliche Rechtsstellung des Vormerkungsgläubigers anerkennen, obwohl ein Veräusserungsverbot im Konkurse unwirk-



belastete Recht, die von dem Schuldner vorgenommen oder auf seinen Namen durch rechtskräftiges Urteil ersetzt wird, dulden muss.

Diese Auffassung ist um so mehr geboten, als das dingliche Vorkaufsrecht zweifellos als ein dingliches Recht zu betrachten ist und Dritten gegenüber die Wirkung einer Vormerkung hat (§ 1098 II). Im Verhältnis zum Eigentümer des belasteten Grundstücks kann die Dinglichkeit nicht liegen. Denn dieses Verhältnis hat dieselbe rechtliche Natur, wie bei dem obligatorischen Vorkaufsrecht (§ 1098 I). Allerdings kann das dingliche Vorkaufsrecht auch derart gestaltet werden, dass es bei einem Verkauf auszuüben ist, der durch spätere Erwerber des belasteten Grundstücks vorgenommen wird (§ 1097). Allein hierbei handelt es sich um die Konstituierung eines obligatorischen Rechtsverhältnisses, in welches der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstücks eintritt und aus welchem durch die Ausübung des Vorkaufsrechts der Anspruch auf Übertragung des Eigentums entsteht. Das dingliche Recht des Vorkaufsberechtigten ist, wie § 1098 II deutlich zeigt, auch in diesem Fall von dem Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten (§ 1098 I) zu unterscheiden.

3. Begleitet ist das dingliche Sicherungsrecht von der Verpflichtung des Erwerbers, die Zustimmung zu der Eintragung oder Löschung zu geben. Diese Zustimmung hat, wenn anders es wahr ist, dass die vormerkungswidrige Verfügung des Schuldners dem Gläubiger gegenüber unwirksam ist (§ 883 II), nicht die Bedeutung, wie sie sonst derjenigen Zustimmung des Eigentümers zukommt, welche die Verfügung eines Dritten erst wirksam macht. Sie hat keine materielle, sondern lediglich eine formale, durch die Eintragungsprinzipien der Grundbuchordnung (§§ 19, 22) bedingte Bedeutung.[7]) Sie ist nicht die causa efficiens für die Eigentumsübertragung, sondern die conditio sine qua non für die grundbuchmässige Eintragung der Wirkung, welche die zwischen Gläubiger und Schuldner zu treffende Einigung erzeugt.[8]) Sie tritt zu der kausalen Bewilligung

sam ist (§ 13 KO.) und nach der Konkurseröffnung keine Rechte an Massegegenständen erworben werden können (§ 15 KO.).

7) Ebenso wie die Bewilligung der Grundbuchsberichtigung (§ 894).

8) Diese begründet die dingliche Rechtswirkung allerdings erst in Verbindung mit der Eintragung. Über deren eigentliche Bedeutung geben § 878 BGB. und §§ 17, 18 II GO. Aufschluss.



des Schuldners hinzu.[9][10]) Für sich allein hat die Zustimmung keine Bedeutung. Lässt der Dritterwerber dem Gläubiger das Grundstück auf, so ist dies freilich wirksam, aber etwas anderes, als die kraft der Vormerkung allein geschuldete Zustimmung zu der Auflassung seines Rechtsvorgängers.[11])

Die Verpflichtung zur Abgabe dieser Zustimmung[12]) ist gesetzliche obligatio ad faciendum und kann deshalb nicht ein dingliches Recht darstellen. Sie geht nicht aus der Person des Schuldners auf den ersten Erwerber über. Vielmehr entsteht sie kraft der Nachfolge in das belastete Recht bei dem ersten Erwerber und trifft wie ihn, so jeden weiteren Erwerber als solchen. Da auch ihr Grund und Inhalt der gleiche ist, so ist eine Rechtsnachfolge gegeben: die einmal entstandene Zustimmungsverpflichtung geht von dem ersten auf den zweiten Erwerber über.

III. Hiermit ist die Grundlage für die Beantwortung der praktisch ungemein wichtigen Rechtskraftfragen gegeben.

1. Der vorgemerkte Gläubiger wird durch die Erlangung des Vormerkungsrechts Rechtsnachfolger desjenigen, dessen Recht mit der Vormerkung belastet wird. Geschieht dies,

a) nachdem ein Dritter mit dem Inhaber des belasteten Rechts einen

---

9) Dies ist von der grössten Bedeutung für die Voraussetzungen und für die Art der Anfechtung der Erfüllung des gesicherten Anspruchs. Sie bestimmen sich aus der Person des Schuldners; die Nichtigkeit der zur Eigentumsübertragung erforderlichen Einigung kann nur dieser herbeiführen. Der Dritterwerber kann nur seine Zustimmungserklärung anfechten. Die Anfechtbarkeit des Geschäfts zwischen Gläubiger und Schuldner kommt für ihn nicht in Betracht.

10) Im Falle des Konkurses des Schuldners fällt die Rolle des Bewilligenden und des Zustimmenden zusammen. Ebenso verschmelzen die beiden Erklärungen in eins.

11) Übereinstimmend Planck, Erl. I, 2a zu § 888. — Für das Reichsrecht trifft die Auffassung von RG. 29 S. 239 (der Erwerber habe die Auflassungsverpflichtung seines Vorgängers zu erfüllen) nicht zu.

12) Diese Verpflichtung besteht auch, wenn nur ein Veräusserungsverbot erlassen war (§ 888 II). Sie trifft auch den Verwalter im Konkurse des Erwerbers. (§ 13 KO. bezieht sich hierauf nicht, sondern nur auf ein Veräusserungsverbot, welches gegen den Gemeinschuldner erlassen ist.) Jene Verpflichtung ist einfach die Konsequenz der Unwirksamkeit der Verfügung. Die Masse hat nicht mehr Rechte, als der Erwerber (der Gemeinschuldner). So muss ja auch der Verwalter einen Gegenstand herausgeben, den der Gemeinschuldner wegen eines Veräusserungsverbots ungültig erworben hatte (so etwa, wenn der Veräusserer dem Dritten, zu dessen Schutz das Veräusserungsverbot ergangen war, den Anspruch auf Herausgabe (gegen die Konkursmasse) abgetreten hat § 931 BGB.). — Aus dem Gesagten erhellt deutlich, wie sehr man die Zustimmungsverpflichtung von dem dinglichen Inhalt des Vormerkungsrechts unterscheiden muss.



Prozess über dessen Existenz oder Zuständigkeit begonnen hatte,[13]) und siegt jener Inhaber, so wirkt die Feststellung auch zu Gunsten des vorgemerkten Gläubigers und der Besiegte kann sie nicht bestreiten, wenn die Berechtigung des Siegers in einem Prozesse des Gläubigers mit dem Besiegten als Vorfrage relevant wird. Unterliegt der Inhaber, so schadet dem Gläubiger die Rechtskraft, es sei denn, dass er nach § 892 BGB. auch dann wirksam erwirbt, wenn der Eingetragene der Nichteigentümer war.[14])

b) War aber die Vormerkung bereits eingetragen, als der Prozess mit dem Dritten begann, so schadet sein ungünstiger Ausgang dem Gläubiger ebensowenig, wie einem sonstigen dinglich Berechtigten der nach Begründung seines Rechts geführte Prozess des Autors.[15]) — Hierin liegt der Unterschied gegenüber dem Falle, dass der Berechtigte nach Erlass eines Veräusserungsverbots zu prozessieren beginnt. Dieses zieht nur die negative Wirkung nach sich, dass der Berechtigte nicht verfügen kann. Sein Prozessführungsrecht wird dadurch nicht alteriert und Rechtsnachfolger wird derjenige, zu dessen Gunsten das Verbot erlassen wurde, erst mit der Verwirklichung des die Succession begründenden Thatbestandes.[16])

2. Das Vormerkungsrecht und so auch die Zustimmungsverpflichtung des Erwerbers hängt davon ab, dass der vorgemerkte Anspruch begründet war, als der Dritte seinen Erwerb machte. Denn nur dann ist dieser unwirksam. Die Existenz des gesicherten Anspruchs kann mit Wirkung gegen den Erwerber im allgemeinen nur ihm gegenüber festgestellt werden.[17]) Wird dem Schuldner gegenüber der vorgemerkte

13) Beispiel: Der Käufer lässt wegen seines Auflassungsanspruchs eine Vormerkung eintragen, nachdem X gegen den Verkäufer auf Feststellung seines (des X) Eigentums Klage erhoben hatte.

14) Dieser Paragraph setzt voraus, dass das Vormerkungsrecht auf Bewilligung hin eingetragen wurde. Planck, Erl. 2 zu § 883 leugnet die Anwendbarkeit des § 892, da er dem Vormerkungsrecht den Charakter als dingliches Recht abspricht. Vgl. oben Note 6.

15) Ebensowenig schadet dem Gläubiger ein Prozess, den der dritte Erwerber vor der Realisierung des Vormerkungsrechts mit einem Vierten geführt hat, so z. B. wenn der Vierte die Feststellung erlangt, dass er der Eigentümer des belasteten Grundstücks oder Rechts ist.

16) Vgl. oben § 14.

17) In dieser Beziehung ist es hier ebenso, wie bei der Bürgschaft oder der Sicherungshypothek. Die Bejahung der gesicherten Forderung, die gegenüber dem Schuldner geschieht, macht keine Rechtskraft gegenüber dem Bürgen. Der Erwerber

Anspruch festgestellt, so macht dies dem Erwerber gegenüber nur[18]) dann Rechtskraft, wenn ihm das Grundstück aufgelassen wurde, nachdem der vorgemerkte Anspruch rechtshängig geworden war.[19]) In diesem Fall kann der Erwerber das Bestehen des Anspruchs nicht bestreiten. Eine andere Frage ist die, ob das Erkenntnis, welches den Schuldner zur Auflassung verurteilt, einen Vollstreckungstitel gegen den Erwerber bezüglich dessen Verpflichtung zur Zustimmung bildet. Man könnte dies in Zweifel ziehen, weil die Verurteilung zur Auflassung etwas anderes ist, als die Zustimmung zur grundbuchmässigen Eintragung der Wirkung, welche die — nach wie vor von dem Veräusserer abzugebende — Auflassungserklärung erzeugt.[20]) Allein in der Verurteilung zur Auflassung liegt nicht nur der Befehl, die zur dinglichen Einigung erforderliche Willenserklärung abzugeben, sondern auch die Verurteilung zur Eintragungsbewilligung. Dieser Teil des Urteils ist gegenüber dem Erwerber relevant und wirksam. Der Sieger erlangt also die Eintragung, wenn er dem Grundbuchamt ein Zeugnis über die Rechtskraft[21]) und ferner eine auf den Namen des Erwerbers lautende vollstreckbare Ausfertigung vorlegt.

Ist gegen den Erwerber auf Zustimmung geklagt und veräussert er nun weiter, so erstreckt sich die Rechtskraft auf seinen Rechtsnachfolger.[22]) Hier ist es auch zweifellos, dass die Vollstreckbarkeit gegenüber dem Successor nach § 727 CPO. vorhanden ist.

---

des mit der Sicherungshypothek belasteten Grundstücks ist an die Feststellung nicht gebunden, wenn der Prozess nach der Auflassung begonnen hat.

18) Ohne Angabe von Gründen nimmt Planck, Erl. I, 2 zu § 888 die Rechtskrafterstreckung schlechthin an, obwohl er unmittelbar vorher (in Erl. 1 a. E.) auf die Analogie zur Hypothek hinweist.

19) Für diese Rechtskraftfrage ist es jetzt gleichgültig, ob das Grundstück als res litigiosa zu betrachten ist. (Bejahend RG. 27 S. 237 [preussisches Recht]. Dernburg, BR. 2. Aufl. III § 51 Note 10.) Denn der § 325 I CPO. stellt — abgesehen von dem Besitzmittler — schlechthin nur auf die Rechtsnachfolge ab, ebenso übrigens § 727 CPO. Vgl. dazu unten § 47 f. Bezüglich des bisherigen Rechts vgl. Schultze, Vollstreckbarkeit S. 89—91.

20) Vgl. oben bei Note 11.

21) Einer vollstreckbaren Ausfertigung bedarf er zur Surrogation der Auflassungserklärung nur in den Ausnahmefällen des § 894 I Satz 2 CPO. und in den übrigen im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnten Fällen, in denen die Vollstreckbarkeit von dem Eintritt weiterer Thatsachen abhängig ist, so namentlich auch dann, wenn auf der Gläubiger- oder Schuldnerseite eine allgemeine Rechtsnachfolge stattgefunden hat. Vgl. über diese streitige Frage Anspr. u. Klagr. S. 453 f.

22) Hier findet auch § 266 CPO. Anwendung, wenn der erste Erwerber pendente

IV. Gemäss § 1098 II BGB. gelten dieselben Grundsätze, wie sie unter III entwickelt wurden, auch für das dingliche Vorkaufsrecht.

§ 38.

3. Restitutive Succession.

a) Begriff und Anwendungsfälle.

I. Zu denjenigen Successionsfällen, bei denen die Rechtsstellung des Nachfolgers der des Vorgängers zwar keineswegs gleich, aber doch aus der letzteren abgeleitet ist und sie zur Grundlage hat, gehört ferner die von Bekker [1]) als „restitutiver Übergang“ bezeichnete Erscheinung. Zwar kann keine Rede davon sein, dass in jedem Falle des Erlöschens des uns beschränkenden Rechts eine Rechtsnachfolge vorliege, wohl aber ist diese gegeben, wenn das gänzliche oder teilweise Erlöschen eines dinglichen Rechts darauf beruht, dass diese Rechte von dem Berechtigten aufgegeben [2]) wurden oder dass sie aus einem in seiner Person liegenden Grunde [3]) kraft Gesetzes untergehen. Dass in dem ersteren Falle ein abgeleiteter Erwerb vorliegt, bringt das BGB. in § 2366 durch den Jnhalt dieser Vorschrift und auch in der kurzen und treffenden Formulierung zum Ausdruck: man „erwirbt durch Rechtsgeschäft die Befreiung von einem Rechte“. [4]) Gehen die beschränkenden Rechte dadurch, dass sie mit dem

---

lite veräusserte, ganz ebenso wie in dem Fall, dass der als Eigentümer Eingetragene als falsus dominus auf Bewilligung der Grundbuchsberechtigung belangt ist. Vgl. unten § 47. — Ist ein anderes Recht (z. B. eine Hypothek) mit einer Vormerkung belastet, so trifft die Zustimmungsverpflichtung den jedesmaligen Erwerber der Hypothek. (Fraglich, ob § 266 CPO. in solchen Fällen analog angewendet werden darf.)

1) System I § 34 S. 114. Vgl. auch die zutreffenden Ausführungen von Hölder, Pand. I S. 179—182.

2) Für die Frage nach der Natur des Erwerbs der Freiheit als eines abgeleiteten ist es gleichgültig, ob das Rechtsgeschäft einseitig oder Vertrag ist, ob es entgeltlich oder unentgeltlich stattfand. Im römischen Recht kam die Rechtsnachfolge insofern zur greifbaren Erscheinung, als bei der rechtsgeschäftlichen Aufhebung von Servituten die förmliche Rückübertragung erforderlich war (Gaj. II, § 30, § 3 J. 2, 4). Die materielle Natur des Vorgangs ist nicht anders bei den anderen jura in re aliena und heute nicht anders, als im römischen Recht.

3) Erlischt z. B. das Recht infolge des Todes oder des Nichtgebrauchs, so kommt es darauf an, ob der Gestorbene oder Nichtgebrauchende der Berechtigte war. Steht dies zwischen zwei Prätendenten um das Recht fest, so kann der Eigentümer sich dem Besiegten gegenüber darauf berufen, wenn er aus dem Tode des Siegers die Befreiung ableitet.

4) Die translative, konstitutive und anderweite (§ 2366 verbunden mit § 2367)

belastenden Rechte in derselben Person „zusammentreffen“,[5]) unter, so liegt eine Rechtsnachfolge ebenso vor, als wie in den zahlreichen Fällen, in denen sie nach modernem Recht trotz des Zusammentreffens fortbestehen, also wirklich auf den Belasteten übergehen.

II. Aus analogen Gründen ist es ein abgeleiteter Erwerb, wenn der Schuldner die Befreiung von seiner Verpflichtung oder die Änderung ihres Inhaltes aus einer Verfügung des Gläubigers über die Forderung oder aus einem in dessen Person liegenden und kraft Gesetzes die Befreiung wirkenden Grunde erlangt. Auch hier ist es irrelevant, ob der Gläubiger die Verpflichtung unentgeltlich erliess oder ob er die Verfügung über die Forderung gegen Empfang der geschuldeten Leistung oder gegen eine Hingabe an Zahlungsstatt getroffen hat.[6]) Als eine ohne den Willen des Gläubigers eintretende, aber trotzdem von ihm abgeleitete Befreiung des Schuldners erscheint auch diejenige, die infolge der Aufrechnung und der Hinterlegung (unter Verzicht auf die Rücknahme) eintritt. Denn die Wirkung der Aufrechnung ist davon abhängig, dass der Empfänger der Aufrechnungserklärung der Gläubiger in der zu tilgenden Forderung und der Schuldner in der zwecks Befreiung aufgeopferten Forderung ist. Ebenso ist die zu Gunsten einer bestimmten Person erfolgte Hinterlegung kein Befreiungsgrund, wenn diese Person nicht der Gläubiger war. Leitet ein mehreren Gesammtgläubigern haftender Schuldner seine Befreiung daraus ab, dass er eine Person beerbt oder dass diese ihm die Forderung abgetreten hat, so ist die Befreiung davon abhängig, dass diese Person einer der Gesammtgläubiger war Leitet der Schuldner seine Befreiung daraus ab, dass er einer bestimmten

---

Rechtsnachfolge kommt, soweit sie auf Rechtsgeschäft beruht, in der Nebeneinanderstellung der geregelten Fälle zum treffendsten Ausdruck.

5) Dies ist bekanntlich der in dem BGB. konstant gebrauchte technische Ausdruck, vgl. z. B. § 1063.

6) Dass eine Verfügung auch in der Entgegennahme der Leistung liegt und dass also der erfüllende Schuldner zu denjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten ableiten wollen, gehört, wenn er an den falsus creditor gezahlt hat — das alles beweist besonders schlagend § 2367 BGB. Vgl. auch BGB. § 113 I (Geschäfte, welche die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen betreffen) und CPO. § 829 I (Verfügung über die Forderung, insbesondere Einziehung). — Deshalb ist auch, wie Planck Erl. 5 zu § 135 mit Recht bemerkt, der Schuldner geschützt, wenn er bona fide an den in der Verfügung beschränkten Gläubiger gezahlt hat. — Das Gesagte wird nicht dadurch widerlegt, dass es Schuldverhältnisse gibt, die einen solchen Inhalt haben, dass eine Entgegennahme der Leistung nicht erforderlich ist.



Person gegenüber die Leistung auf immer verweigert hat, so ist die Befreiung davon abhängig, dass der Empfänger der Einredeerklärung der Gläubiger war. Ganz ebenso, wenn das ganze Schuldverhältnis durch Anfechtung, Rücktritt oder Kündigung erloschen sein soll.

III. Eine Anwendung des Begriffs der Rechtsnachfolge in diesem weiteren, mit dem abgeleiteten Erwerb sich deckenden Sinne ergibt sich in dem bekannten Rechtsfall, über welchen Wach und Laband, Zur Lehre von der Rechtskraft (1899) und Fischer, in Iherings Jahrbüchern Band 40 S. 151 f. ihre für die Förderung der Lehre ungemein wichtigen Gutachten veröffentlicht haben.

Erlangten durch das Preussische Berggesetz vom 25. Juni 1865 alle und nur diejenigen Bergwerksbesitzer, welche den Staat als Regalherrn über sich gehabt hatten, die Freiheit von den Regalpflichten, so ist zwar von einer translativen oder konstitutiven Succession keine Rede, und wenn man als Rechtsnachfolge nur jene beiden Erscheinungsformen des abgeleiteten Erwerbs betrachtet, so ist das Vorliegen einer Rechtsnachfolge zu verneinen.

Fasst man aber die Rechtsnachfolge im Sinne unserer Erörterungen, so ist sie auch in dem bezeichneten Falle anzunehmen. Denn jene Bergwerksbesitzer leiten ihre Freiheit (von den Regalpflichten) von derjenigen Rechtsstellung ab, welche der Fiskus inne hatte. Man kann diese Herleitung nicht deshalb leugnen, weil die Befreiung nicht eine spezielle war und nicht durch Rechtsgeschäft vollzogen wurde, sondern als eine generelle und durch das Gesetz verliehene eintrat. Der Staat, der zugleich Regalherr war, gewährte in der Form des Gesetzes die Freiheit von den ihm bis dahin geschuldeten Lasten.

Die Natur dieses Erwerbes der Befreiung von den bis dahin bestehenden Rechten als eines abgeleiteten Erwerbs bleibt bestehen, wie immer man den Charakter des Bergregals auffassen mag.[7]) Sie bleibt es auch dann, wenn die Erwerbung des Bergwerkseigentums trotz der notwendigen Verleihung seitens des Regalinhabers als originärer Erwerb aufgefasst werden müsste.[8]) Denn hier handelt es sich nicht um den Inhalt des

7) Vgl. einerseits Laband a. a. O. S. 110f., anderseits Fischer a. a. O. S. 238 f.

8) So Fischer S. 225 f. Als Analogie führen wir die Okkupation einer derelinquierten Sache an. Der Okkupent begründet ein neues Eigentum und gilt nicht als Fortsetzer des aufgegebenen Eigentums. Aber die Okkupation kann nur dann Eigentum begründen, wenn der Derelinquent der Eigentümer war. Vgl. unten § 40.



das Bergwerkseigentum darstellenden Rechts, sondern um die Herleitung der Freiheit von den Beschränkungen und von den Lasten, welche davon abhängig war, dass der Staat der Regalherr war.

Liess nun der Staat das Bergregal bestehen, soweit es als Privatregal begründet war und hatte ein Dritter vor Erlass des Gesetzes die rechtskräftige Anerkennung seines Privatregals gegenüber dem Fiskus erstritten, so ist nach einer Gesetzgebung, welche den Sieger gegen alle ferneren Anfechtungen seines Gegners und seiner Rechtsnachfolger sichert,[9] der Schluss geboten, dass der Bergwerkseigentümer an die Rechtskraft insoweit gebunden ist, als er die Freiheit vom Privatregal daraus ableitet, dass das Bergwerk unter dem — rechtskräftig verneinten — Staatsregal gestanden hat. Leitet er die Freiheit aus einem anderen Rechtsgrund ab, so berührt ihn die Rechtskraft nicht.[10]

§ 39.

b) Rechtskraft bei restitutiver Succession.

Für die Rechtskraftfragen ergeben sich aus diesen Erörterungen folgende Konsequenzen.

I. Ist der mit einem einschränkenden Rechte Belastete der Rechtsnachfolger des Berechtigten, wenn er aus dessen Person die Befreiung von dem Rechte oder eine Veränderung des Rechts ableitet, so finden auch die Grundsätze des § 325 I (über die Erstreckung der Rechtskraft auf die Rechtsnachfolger) Anwendung auf den Belasteten. Hat also z. B. derjenige, der auf das jus in re aliena verzichtete, gegenüber einem anderen Prätendenten die Feststellung seiner Berechtigung erstritten, so kann der Eigentümer die Rechtskraft gegenüber dem Besiegten benutzen, wenn dieser das abgeurteilte Recht als ein noch bestehendes für sich in Anspruch nimmt. Die Rechtskraft macht es gegenüber dem an den siegenden Prätendenten zahlenden Eigentümer als Successor ebenso, wie dem Sieger gegenüber unbestreitbar, dass dieser der Hypothekar war, also auch die Löschung bewilligen konnte. Ist zwischen zwei Pfandrechtsprätendenten zu

9) Vgl. § 66 Einl. u. I 24 § 7 der preuss. AGO.

10) Im Endergebnis stimme ich also mit Wach und Laband überein. Den Gedanken des Textes verwertet subsidiär auch Örtmann (Zeitschr. f. Civilpr. 28 S. 188). Primo loco billigt er die abweichende prinzipielle Auffassung, von welcher aus Wach und Laband zu jenem Resultat gelangen.



Gunsten des einen entschieden und hat dieser das Faustpfand dem Verpfänder gegen Zahlung der Pfandschuld oder unter Verzicht auf das Pfandrecht zurückgegeben, so ist dieser gegenüber dem Besiegten durch die Rechtskraft geradeso gedeckt, wie der Dritte, der die Pfandsache gekauft hat. Dabei ist es gleichgültig, ob der Rechtsvorgänger direkt über das den Gegenstand der Verfügung bildende Recht prozessiert hat oder über ein solches Rechtsverhältnis, welches hinwiederum die Zuständigkeit des Rechts bedingt. Hat derjenige, der in dem Streite über das Eigentum an dem herrschenden Grundstück gesiegt hat, eine diesem zustehende Grundgerechtigkeit aufgegeben oder verändert, so kann sich der Eigentümer des dienenden Grundstücks bei der Behauptung, dass die Servitut untergegangen sei, auf das Eigentumsfeststellungsurteil berufen und braucht nur noch die Erlöschungsthatsache zu beweisen. Ebenso ist es, wenn aus der Person des siegreichen Erbrechtsprätendenten eine Rechtswirkung bezüglich eines Rechts abgeleitet wird, welches dem Erben als solchen zusteht.

Den entsprechenden Schutz aus der Rechtskraft hat der Schuldner, wenn er nach der Zahlung oder nach Abschluss sonstiger Rechtsgeschäfte von demjenigen in Anspruch genommen wird, der in dem Streite über die Frage unterlag, ob die Forderung für ihn oder für den Gegner entstanden war oder ob sie mit Rücksicht auf eine in Betracht kommende Rechtsnachfolge ihm oder dem Gegner zustehe.[1])

II. Mit den bisherigen Erörterungen ist keineswegs gesagt, dass der Belastete und der Schuldner s c h l e c h t h i n an die im Prätendentenstreit ergangene Entscheidung über die Zuständigkeit des Rechtes gebunden sei und dass er sich s c h l e c h t h i n auf diese Feststellung berufen könne. Wäre es freilich richtig, dass das Urteil, welches einen vorhandenen Rechtszustand deklariert, „ein s e l b s t ä n d i g e r K a u s a l v o r g a n g für die Regelung des rechtlichen Verhältnisses unter den Parteien sei“,[2]) so würde die oben abgelehnte Auffassung ganz unabweisbar sein.[3])

---

1) Über die vielerlei hier in Betracht kommenden Fälle darf auf die in Anspr. u. Klagr. S. 418—420 gegebene Zusammenstellung verwiesen werden.

2) So W a c h, Rechtskr. S. 16. Vgl. auch E c c i u s, Pr. PrR. I § 56 Note 6: „Der Feststellung eines Rechtsverhältnisses oder des Nichtbestehens eines solchen . . . werden dritte Personen d i e s e l b e Einwirkung auf ihre eigene Rechtsstellung einräumen müssen, die ein die Feststellung oder Aufhebung bezweckender Vertrag der Parteien haben würde.“

3) Sie wird von W a c h, Rechtskr. S. 23/4, 39/41, 95 f. vertreten. Beifallend Ö r t m a n n, Z. f. Civilpr. 28 S. 186/7. Dagegen F i s c h e r, Jahrb. S. 197/8.



Folgt man der hier vertretenen Auffassung über das Wesen der Rechtskraft,[4]) so ergibt sich, dass die prozessrechtliche Wirkung der Deklaration über das, was zwischen den Parteien Rechtens ist, nicht auf eine Stufe mit derjenigen materiellrechtlichen Wirkung gestellt werden darf, welche die Parteien durch rechtsgeschäftliche Verfügung herbeiführen könnten. Gerade bei diesen Entscheidungen über die Existenz und Zuständigkeit von Rechten, welche ihre Wirksamkeit gegenüber dritten Personen zeigen, ist der Unterschied zwischen der Urteilswirkung und der Wirkung von Rechtsgeschäften und sonstigen privatrechtlich wirksamen Thatbeständen deutlich erkennbar.

1. Erstreckt sich die Rechtskraft auf den Passivbeteiligten (den Belasteten, den Schuldner), so bedeutet dies nicht mehr und nicht weniger, als dass die Bestreitung der Richtigkeit der Entscheidung unwirksam ist. Die erstreckte Rechtskraft verbietet die Bestreitung nur solange, als das Urteil bestehen bleibt. Bei dem Umfang, in dem die Restitutions- und Nichtigkeitsklage zugelassen sind, kann es leicht eintreten, dass es aufgehoben wird. Das Urteil, welches den Sieger als den Berechtigten anerkannte, veränderte die materielle Rechtslage in keiner Weise. Wird es aufgehoben, so kann der Besiegte nunmehr wieder frei behaupten, dass der Untergang des Rechts, der aus der Gläubigerschaft des Siegers abgeleitet wurde, nicht eingetreten sei und dass sein Recht ungeschmälert fortbestehe.

Die Grundsätze über den Schutz des guten Glaubens, die hier einschlagen, behalten ihre volle und selbständige Bedeutung. Sie werden keineswegs gedeckt durch die Erstreckung der Rechtskraft auf den succedierenden Belasteten oder Schuldner. Ist z. B. die Gläubigerschaft streitig, weil die Beerbung des gestorbenen Gläubigers nicht zweifellos ist, und hat der Schuldner an den durch Erbschein legitimierten Forderungsprätendenten gezahlt (§ 2367), oder hat der belastete Eigentümer von demjenigen, der auf Grund eines Feststellungsurteils im Grundbuch als Eigentümer des herrschenden Grundstücks eingetragen wurde, die Löschungsbewilligung erhalten (§ 892), so wirken diese Verfügungen definitiv, auch wenn sie vom Nichtberechtigten ausgingen. Aber für den Eintritt dieser Wirkung wird guter Glaube des Erwerbers gefordert, und nur der rechtsgeschäftliche Verkehr ist geschützt.

4) Vgl. oben § 2.

Dagegen kommt die Rechtskrafterstreckung jedem Rechtsnachfolger zu gute und wird zweifellos durch dessen schlechten Glauben (die Kenntnis der Unrichtigkeit der Urteilsfeststellung) nicht ausgeschlossen. Deshalb ist aber auch die Wirkung, die aus der Person des Siegers wegen der von ihm erstrittenen Rechtskraft abgeleitet wird, keine definitive; die Möglichkeit, sich für die Wirksamkeit der Verfügung des Siegers auf das Urteil zu berufen, fällt mit dessen Aufhebung fort.

Bisher hatten wir vorausgesetzt, dass der Passivbeteiligte sich mit dem Sieger auf Rechtsgeschäfte eingelassen hat. Es wurde gezeigt, dass die Stellung des Passivbeteiligten eine durchaus verschiedene ist, je nachdem er sich gegenüber dem besiegten Prätendenten auf die Rechtskraft oder aber auf solche Umstände berufen kann, welche den Prätendenten zum Berechtigten machen oder doch dem Passivbeteiligten nach bürgerlichem Recht gestatten, ihn bei der von ihm getroffenen Verfügung für den Berechtigten zu halten.

Schon hieraus dürfte folgen, dass es nicht richtig sein kann, wenn die Behauptung aufgestellt wird, für die Existenz und das Weiterwirken der Parteiverhältnisse sei es gleichgültig, ob der Effekt ihrer Normierung dem Willen des Kontrahenten oder dem Urteil entspringt. Wach stellt diese These auf[5]) und macht dann die Nutzanwendung auf den Fall des Forderungsprätendentenstreits mit der Behauptung, dass die rechtskräftige Feststellung zu Gunsten des Einen oder Anderen den Schuldner binde. Er stützt diese Behauptung darauf, dass der Schuldner ja auch an die etwaige Abtretung der Forderung gebunden sei,[6]) und findet in der Berufung des Schuldners auf das Recht des besiegten Prätendenten eine exceptio ex jure tertii.[7]) Allein wenn der Schuldner den siegreichen Prätendenten abweist, so erhebt er nicht eine solche Einwendung, sondern er negiert das Recht des andringenden Gläubigers. Dass er die Zumutung des angeblichen Cessionars, ihm auf Grund des Urteils Zahlung zu leisten, zurückweisen darf, ist meines Erachtens aus dem Gesetze

5) Rechtskraft S. 17.

6) Dieses Argument versagt unter allen Umständen in dem Streit über das Erbrecht. Denn dieses ist — abgesehen vom Fall des § 2033 — unübertragbar.

7) Vgl. Wach, Rechtskraft S. 95. Über den § 75 CPO., auf den Wach sich beruft, vgl. oben S. 31 2. Auf die Hauptintervention kann man sich m. E. ebenfalls nicht stützen. Soweit hier eine Rechtskraftwirkung eintritt, beruht sie auf der Teilnahme an dem Rechtsstreit, dessen Ergebnis das Urteil ist.



unmittelbar zu erweisen. Der § 410 BGB.[8]) befugt den Schuldner hierzu, solange der angebliche Cessionar nicht eine schriftliche Cessionsurkunde vorlegt, und nach § 412 BGB. kann er die Einhändigung einer Urkunde verlangen, welche den kraft Gesetzes sich vollziehenden Forderungsübergang als eingetreten anerkennt.[9]) Nur eine solche Urkunde stellt den Schuldner auf alle Fälle sicher (§ 409). Nirgends gibt das Gesetz die Vorschrift, dass das Feststellungsurteil jenen rechtsgeschäftlichen Erklärungen, welche in den dem Schuldner auszuhändigenden Urkunden enthalten sein müssen, gleichgestellt werde. Insbesondere kann es nicht aus § 894 CPO. abgeleitet werden. Denn dieser Paragraph setzt eine Klage auf Verurteilung zur Abgabe der Willenserklärung voraus und nur an diese Kondemnation knüpft sich die Vollstreckungswirkung an, welche das Gesetz in der Form der Fiktion (dass die geschuldete Willenserklärung als abgegeben gilt) statuiert.[10]) Dem Feststellungsurteil fehlt die Vollstreckungswirkung und zwar auch dann, wenn die Decisive die in der Praxis häufig zu findende fehlerhafte Form hat, dass der Beklagte „verurteilt wird, anzuerkennen“, dass das Rechtsverhältnis bestehe oder nicht bestehe. Denn das Feststellungsurteil enthält nur einen Ausspruch darüber, welchen Rechtszustand das Gericht auf Grund der Verhandlung als vorhanden angenommen hat. Ein solches Urteil ersetzt aber jene, den Schuldner sichernde rechtsgeschäftliche Willenserklärung nicht. Deshalb kann der Schuldner dem Sieger trotz Vorlage des Feststellungsurteils[11]) die Zahlung verweigern und jede Ver-

---

8) Es darf darauf aufmerksam gemacht werden, dass diese und die im folgenden zu besprechenden Bestimmungen nach § 413 BGB. generell gelten, soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt. So jedenfalls für die Übertragung des Autorrechts, vgl. Wach, Rechtskr. S. 23, 41, Fischer, Jahrb. 40 S. 201.

9) In Anspr. u. Klagr. S. 357 9 habe ich die Ansicht zu begründen versucht, dass der Schuldner berechtigt ist, den Erben zurückzuweisen, wenn dieser ihn nicht durch den Besitz eines Erbscheins sicherstellt. Die Vorlage eines (öffentlichen oder holographischen) Testaments ersetzt den Erbschein ebensowenig, wie das gegen einen Erbprätendenten ergangene Erbrechtsfeststellungsurteil. Vgl. jetzt auch Strohal, Erbr. 2. Aufl. S. 376, II.

10) Der Erwerber einer Forderung, der gegen den Rechtsvorgänger mit der Feststellungsklage vorgeht, ist deshalb nicht sicher, sein Ziel gegenüber dem Schuldner zu erreichen. Der richtige Weg ist die Klage auf Verurteilung zur Ausstellung der oben bei Note 9 bezeichneten Urkunden (§ 403). Die Ausstellung gilt als geschehen erst mit der Rechtskraft der Verurteilung.

11) Wird er verklagt, so hat er die Einrede des Zurückbehaltungsrechts trotz anderweiter Nachweisung des Übergangs (vgl. Anspr. u. Klagr. S. 355 f. bes. über den Fall der Surrogation). § 94 CPO. findet Anwendung, vgl. a. a. O. S. 366 f.

fügung [12]) des Prätendenten zurückweisen, bis die erforderlichen Urkunden oder ein Urteil der in § 894 CPO. bezeichneten Art vorgelegt wird.

Davon abgesehen, ergeben sich von dem bekämpften Standpunkte aus Schwierigkeiten, die gar nicht zu lösen sind. Das BGB. schützt den Schuldner, der sich in Unkenntnis von der Veränderung der Person oder der Verfügungsmacht seines bisherigen Gläubigers mit diesem in Rechtsgeschäfte eingelassen hat. Würde es nun gleichgültig sein, ob die „Normierung des Rechtsverhältnisses" durch Urteil oder durch Parteiwillen eingetreten ist, so würde die Frage entstehen, welche Folge die Unkenntnis des Schuldners hat. Ihn an die Rechtskraft schlechthin zu binden, auch wenn er sich in Unkenntnis des Prozesses mit dem Besiegten eingelassen hat, wäre so gegen den Geist des Gesetzes, dass die Behauptung schwerlich aufgestellt werden wird. Aber auf die Kenntnis welcher Thatsachen sollte es ankommen? Auf die Kenntnis des Prozessbeginns? Oder des Urteils? Oder des Eintritts seiner Rechtskraft? Auf die Kenntnis der Rechtshängigkeit abzustellen, könnte man deshalb geneigt sein, weil sie auch sonst in Betracht kommt (§ 325 I, II CPO.). Aber dort handelt es sich darum, dass derjenige, der Successor geworden ist, zur Zeit des Eintritts der Rechtsnachfolge von dem schwebenden Prozesse, also von der Zweifelhaftigkeit seiner Rechtsposition Kenntnis hatte. Hier ist die Situation anders. Nur das Urteil würde in Betracht kommen, insofern es eine massgebende Rechtsnormierung gleichwie die Verfügung der Parteien enthalten soll. Demnach könnte nur die Kenntnis des Eintritts der regulären Unanfechtbarkeit des Urteils massgebend sein. [13]) Denn erst dann tritt die Urteilswirkung ein. Aber diese — hier die Feststellung, wer der Gläubiger sei — bezieht sich ja nicht auf die Zeit des Eintritts der (formellen) Rechtskraft, sondern auf die Zeit der letzten Thatsachenverhandlung. [14]) — Man sieht also, dass der Boden, von dem aus die Beantwortung jener notwendig zu beantwortenden Frage versucht werden müsste, ein durchaus schwankender ist.

Völlig undurchführbar ist die bekämpfte Auffassung, wenn man versuchen würde, sie auf die Rechtsverhältnisse des modernen Immobiliar-

12) Das Gesetz nennt nur die Kündigung und Mahnung. Dasselbe muss aber für andere einseitige, das Schuldverhältnis ändernde Erklärungen gelten, z. B. die Wahl- oder Aufrechnungserklärung.

13) Das würde auch allein mit dem Wachschen Standpunkt harmonieren, nach welchem eine Rückwirkung ausgeschlossen ist.

14) Anders die Wirkung des konstitutiven Urteils.



sachenrechts anzuwenden. Hier vollziehen sich die Erwerbung und die Veränderung der Rechte in bestimmten äusseren Formen, während die Prozessentscheidung über die Zuständigkeit der Rechte sehr wohl auf Grund der Behauptung, dass diese Formen beobachtet sind, erfolgen kann. Würde man lehren, dass die Entscheidung zwischen zwei Prätendenten über das Eigentum an dem herrschenden Grundstück den Eigentümer des dienenden Grundstückes binde, dass die Entscheidung über die Zuständigkeit einer Hypothek dem Eigentümer des belasteten Grundstücks die Möglichkeit raube, dem Sieger gegenüber zu behaupten, der besiegte Hypothekar sei der Berechtigte, so würde man in unlösbare Konflikte mit dem Grundbuchrecht geraten.[15])

2. Nimmt man diese besonderen Gründe zu denen hinzu, welche bereits oben (S. 34, 71) gegen das Wachsche Prinzip entwickelt wurden, so erscheint es geboten, an der Auffassung festzuhalten: für und gegen den Belasteten und den Schuldner wirkt die Rechtskraft im Prätendentenstreit insoweit und nur insoweit, als er qua Rechtsnachfolger Rechtsfolgen aus der Prozesspartei ableitet.[16]) Soweit dies aber nicht der Fall ist, hat die Rechtskraft aus dem Prozess der dritten Personen für den Schuldner keine Bedeutung.[17]) Er kann es jeden Augenblick zur Erstreckung der Rechtskraft bringen, indem er mit dem Sieger ein Rechtsgeschäft abschliesst. Aber er ist zur Zahlung (aus der objektiv feststehenden Schuld) nur dann verpflichtet, wenn der Sieger der Gläubiger ist, und die Erörterung dieser Frage wird durch die Rechtskraft nicht abgeschnitten.

---

15) Wach, Rechtskr. S. 96 sagt, dass jene Fragen unabhängig von dem modernen Grundbuchrecht aufgeworfen werden dürfen. Ich bin nicht ganz sicher, ob damit die Frage offen gelassen werden soll, ob sie mit diesem vereinbar sind oder ob behauptet werden soll, dass sie so, wie sie Wach entscheidet, ganz ohne Rücksicht auf das Grundbuchrecht entschieden werden sollen.

16) Im allgemeinen vgl. oben § 18, s. dort § 17 Note 6a auch die allgemeine Bemerkung über den Standpunkt von Mendelssohn-Bartholdy (§ 29).

17) Der Satz von Planck Komm. Bd. 1 S. 41: „Der Dritte muss die Existenz des Urteils und die daraus für die Parteien sich ergebenden Wirkungen gegen sich gelten lassen“, ist richtig und führt zu den hier und oben § 17/9 ausgeführten Ergebnissen, wenn man der Ansicht ist, dass die Feststellungswirkung des Urteils lediglich darin besteht, dass die Parteien untereinander die Richtigkeit der Feststellung nicht in Frage stellen können. Dass aber der eine Prätendent den anderen als Gläubiger gelten lassen muss, bedeutet nicht, dass auch der Schuldner dies thun muss. Dass er sich darauf berufen kann, wenn er Rechtsnachfolger des Prätendenten geworden ist, beruht auf § 325 I CPO.

Hat sich der Passivbeteiligte mit dem besiegten Prätendenten in ein Rechtsgeschäft eingelassen, so ist er keinenfalls verhindert, im Widerspruch mit dem Feststellungsurteil dessen Berechtigtsein zu behaupten, wenn das Rechtsgeschäft vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit abgeschlossen wurde. Geschah es nachher, so ist er durch das Unterliegen seines Kontrahenten allerdings prinzipiell[18]) verhindert, seine Befreiung aus der Person des Unterlegenen abzuleiten. Aber soweit er nicht als dessen Rechtsnachfolger Rechtsfolgen prätendiert, bindet ihn die Rechtskraft als eine res inter alios acta nicht.

Setzen wir den Fall, dass der Gläubiger seine Forderung rechtsgültig abgetreten und dann trotzdem gegenüber dem Cessionar die rechtskräftige Feststellung seiner fortdauernden Gläubigerschaft erstritten hat. Belangt er nun den Schuldner, der nach Beginn der Rechtshängigkeit des Feststellungsprozesses an den Cessionar gezahlt hat, so kann dieser aus der Zahlung nicht den Untergang der Forderung ableiten,[19]) wohl aber kann er dem Gläubiger nach wie vor entgegensetzen, dass dieser seine Berechtigung verloren hat. Indem er diese Bestreitung vornimmt, handelt er nicht als Rechtsnachfolger des Cessionars. Er war zu ihr befugt, als er noch nicht gezahlt hatte, und die bewirkte Zahlung nimmt ihm dieses von ihr ganz unabhängige Recht, sich auf die erfolgte Abtretung zu berufen, nicht.

Erbringt der Schuldner den ihm obliegenden Beweis, dass die Abtretung stattgefunden hat,[20]) so kann der Cedent die Forderung in der Regel nur dann wieder geltend machen, nachdem er sich die Forderung hat zurückcedieren lassen. Die Rückabtretung wird durch die zwischen dem Cedenten und dem Cessionar erfolgte Feststellung der Fortdauer der Gläubigerschaft des Cedenten nicht ersetzt. Verlangt aber

---

18) Ausnahmen gelten, soweit ihn sein guter Glaube schützt oder der § 409 BGB. Platz greift.

19) Wir sehen hier davon ab, dass er dem Schuldner die in § 409 BGB. bezeichnete Anzeige gemacht hat. Ist dies der Fall, so zahlt der Schuldner so lange wirksam an den als Gläubiger Bezeichneten, bis die Anzeige gemäss § 409 II zurückgenommen ist. Die Zurücknahme ist einseitige Erklärung an den Schuldner und wirkt ex nunc. (Vgl. Planck Erl. 4 zu § 409 und unten Kap. IV.) Das Feststellungsurteil als solches nimmt dem Schuldner keinenfalls die ihm durch § 409 gewährleisteten Rechte. Denn sie sind ganz unabhängig davon, ob eine wirksame Abtretung stattgefunden hat.

20) Man denke nur daran, dass die vom Cedenten erstrittene Feststellung auf Versäumnis und Kollusion beruhen kann, und beachte, dass heute solche Umstände den Einwand der Rechtskraft nicht zu erschüttern vermögen.



der Gläubiger als Rückerwerber der Forderung die Zahlung, so muss er die Rückcession gemäss § 410 BGB. urkundlich belegen. Er muss ihr Datum angeben und erleidet dann alle die Einwendungen, die in der Zeit von der Cession bis zur Kenntnis des Schuldners von der Rückcession aus der Person des Cessionars erwachsen sind.[21])

Behauptet aber der Gläubiger, dass die Cession in anfechtbarer Weise stattgefunden habe und dass die Anfechtung rechtswirksam geschehen sei, so bindet den Schuldner die gegenüber dem Cessionar geschehene Feststellung ebenfalls nicht.[22]) Der Rückfall mit rückwirkender Kraft kann nicht durch den Parteiwillen herbeigeführt werden; er tritt nur ein, wenn die vom Gesetze geforderten Anfechtungsgründe wirklich vorlagen. Schon deshalb kann die Feststellung des Rückfalls, welche in dem durchaus von dem Parteivorbringen abhängigen Prozess zwischen Cedent und Cessionar erging, die Nichtigkeit der Cession gegenüber dem Schuldner nicht zu einer unbestreitbaren machen. Wer das Gegenteil annimmt, würde den Parteien in der Prozessführung das Mittel geben, dritte Beteiligte dazu zu zwingen, dass sie eine Rechtsgestaltung anerkennen müssten, welche die Parteien durch Verfügung nicht herbeizuführen vermögen.

An dem Falle der Cession wurde versucht beispielsweise darzulegen, wie sich die Verhältnisse nach der hier vertretenen Auffassung beurteilen. Auf die übrigen in Betracht kommenden Fälle braucht nicht näher eingegangen zu werden. Nur auf einen darf noch hingewiesen werden. Hat der Schuldner mit einem anderen kontrahiert, so bestimmt sich die Frage, ob dieser oder dessen Auftraggeber berechtigt ist, danach, ob er in dessen Namen kontrahiert hat, und verneinendenfalls kann der Auftraggeber nur ex jure cesso Ansprüche erheben. Von unserer Ansicht aus ist der Schuldner vor der Gefahr bewahrt, dass ihn ein Prozess jener beiden Personen bezüglich der Frage, wer sein Gläubiger geworden ist,

21) So also insbesondere die Aufrechnungseinreden aus der Person des Cessionars (BGB. § 406) und die Einwendungen, die gemäss § 407 trotz der Rückcession entstanden sind.

22) Entsprechend ist es, wenn behauptet wird, die Abtretung sei von Anfang nichtig gewesen, z. B. infolge Simulation. Durch die Vereinbarung, das Geschäft als simuliert zu behandeln, können die Parteien niemanden zwingen, das gültig vorgenommene Geschäft als ungültig zu behandeln. Dies können sie ebensowenig, wie sie durch Vereinbarung nicht herbeiführen können, dass ein nichtig vorgenommenes Geschäft von früherer Zeit, als von der Wiederholung an als gültig zu behandeln ist. Nur mit obligatorischer Wirkung kann Rückwirkung statuiert werden. BGB. § 141.

bindet.[23]) An dieser Frage, wer der auf der anderen Seite Beteiligte ist, wird man stets ein sehr grosses Interesse haben, wenn es sich um die Frage handelt, wer der Schuldner ist. Aber auch der Schuldner kann sehr wohl ein Interesse an der Frage haben, wer sein Gläubiger ist. Und wenn er sich auch eine Übertragung der Forderung gefallen lassen muss, so ist er doch sehr beteiligt bei der Frage, von wann an diese Veränderung datiert und von wann an er sie gegen sich gelten lassen muss.

§ 40.

4. Rechtsaufgabe und Ableitung eines neuen Rechts auf Grund derselben.

I. Unter den § 37 i. A. charakterisierten Begriff des abgeleiteten Erwerbs fallen ausser den zuvor behandelten Fällen der restitutiven Succession diejenigen, in denen der Berechtigte ein Recht aufgibt und dadurch die Bedingung setzt, unter welcher für einen Dritten ein mit dem aufgegebenen keineswegs identisches Recht entsteht.

Unter diesen Gesichtspunkt fällt die Freilassung des Sklaven. Zutreffend bemerkt Hölder,[1]) dass die rechtliche Stellung des ehemaligen Sklaven eine schlechthin neue ist und dass das Eigentum seines ehemaligen Herrn schlechthin untergeht. Trotzdem ist das Recht der Persönlichkeit, welches der Freigelassene erwirbt, insofern ein abgeleitetes, als es nur entstehen kann, wenn der Freilassende der Eigentümer war.[2])

Aus dem geltenden Recht ist die Okkupation zu nennen, die unter Umständen hierher gehört. Zweifellos bedeutet sie stets die Begründung eines neuen Eigentums an der herrenlosen Sache. Das ist schon deshalb notwendig anzunehmen, weil an der im ursprünglichen Zustand der Herrenlosigkeit befindlichen Sache ein Eigentum nicht bestand und weil

23) Ganz entsprechend verhält es sich, wenn in Frage steht, ob die von A begründete Forderung deshalb dem B zusteht, weil sie mit den Mitteln des B begründet ist und bejahendenfalls eine Surrogationsvorschrift zur Anwendung kommt.

1) Pand. I S. 180.

2) Der Unterschied von der „restitutiven Succession“ liegt darin, dass bei dieser lediglich die Befreiung erworben wird, während im Falle der Freilassung eine positive Rechtsschöpfung stattfindet. Das Recht der Persönlichkeit ist nicht nur die Negation des Eigentums am Sklaven. Das Recht des Herrn beschränkte nicht etwa nur ein vorhandenes Recht der Persönlichkeit, sondern negierte dieses.



die Okkupation einer derelinquierten Sache Eigentum erst wieder entstehen lässt, nachdem die Sache in der Zwischenzeit eigentumslos war. Aber in dem zweiten Fall (der Dereliktion) ist der Erwerb des Eigentums davon abhängig, dass die Sache herrenlos war, m. a. W. davon, dass die Aufgabe des Eigentums durch den Eigentümer geschehen ist, dass er weder in der Geschäftsfähigkeit noch in der Verfügungsmacht[3]) beschränkt war. Geschah die Dereliktion durch den Nichteigentümer, so konnte er die Sache besitzlos, aber er konnte sie nicht herrenlos machen und deshalb auch nicht die Bedingung schaffen, von welcher die Begründung des Eigentums durch Okkupation abhängig ist.[4])

Begründet sonach der Okkupant zwar sein Eigentum in originärer Weise, hängt aber die Begründung des Eigentums an einer bereits im Eigentum gewesenen Sache davon ab, dass die Sache von dem Eigentümer derelinquiert ist, so haben wir in solchem Falle einen abgeleiteten Rechtserwerb vor uns.[5]) Der Okkupant leitet zwar sein Eigentum nicht von dem früheren Eigentümer ab, wohl aber die condicio occupandi. Er stützt sich also indirekt allerdings auf den früheren Eigentümer.[6])

II. Daraus ergibt sich von selbst die Konsequenz für die Rechts-

3) Zweifellos macht das Veräusserungsverbot die Dereliktion im Sinne des § 135 BGB. unwirksam.

4) BGB. § 959. Analog ist es in den Fällen der §§ 960 II, 961 insofern, als die Herrenlosigkeit durch ein Verhalten des Eigentümers bedingt ist. Der Knecht des Menageriebesitzers, der sofort die Verfolgung des entlaufenen Tieres begann, aber bald wieder aufgab, macht das Tier nicht herrenlos, wenn der Eigentümer sie ebenfalls noch „unverzüglich" begann und fortsetzte. — Im Falle des § 963 BGB. handelt es sich um gesetzlichen Übergang der entsprechenden Eigentumsquote auf die beteiligten Eigentümer. (Ebenso §§ 947/8.) Steht zwischen den Beteiligten oder ihrem Rechtsvorgänger das Eigentum an der verbundenen Sache steht fest, so ist auch das Miteigentum unbestreitbar. Im Falle des § 947 II ist, wenn dem Eigentümer der Hauptsache gegenüber das untergegangene Eigentum an der Nebensache rechtskräftig festgestellt war, die für § 951 relevante Vorfrage unbestreitbar.

5) Dem entspricht es, dass der Usukapionstitel pro derelicto voraussetzte, dass eine Dereliktion stattgefunden hatte (l. 7 D. 41, 7). Der Ablauf der Ersitzungszeit heilt den Mangel, der bei Dereliktion durch den Nichteigentümer den Eigentumserwerb des Okkupanten hinderte, und bei Dereliktion des Eigentümers wird der Beweis, dass er Eigentum hatte, erspart. Es ist in dieser Beziehung nicht anders, als bei der Tradition.

6) Die vorstehenden Erörterungen setzen voraus, dass das Eigentum schlechthin aufgegeben ist. Ist die Aneignung nur bestimmten Personen freigestellt, so liegt eine auf diese beschränkte Traditionsofferte vor, so z. B. in dem von Dernburg, BR. III § 110 Note 11 angeführten Falle (Auslage von Festschriften für die Teilnehmer eines Kongresses).



kraftlehre. Zweifellos muss der Okkupant, wenn er die Entstehung seines Eigentums nachweisen will, darthun, dass der wahre Eigentümer das Eigentum aufgegeben hat. Dieser Abhängigkeit des Erwerbs des Okkupanten entspricht es, dass die Rechtskraft aus dem Prozess des Derelinquenten sich auf ihn erstreckt. Belangt der Dritte, dem gegenüber der Derelinquent die Feststellung seines Eigentums erstritten hatte, den Okkupanten aus dem Eigentum, so schneidet der Beklagte die nochmalige Erörterung der entschiedenen Frage mit der Berufung auf die Rechtskraft ab. Auf diese stützt sich umgekehrt der Dritte, wenn er den Derelinquenten in dem Eigentumsfeststellungsprozess besiegt hatte. Die Voraussetzung ist, dass die Dereliktion nach dem Prozessbeginn geschehen ist.

Diese Anwendung des § 325 I CPO. auf den Fall der Aneignung von herrenlos gewordenen Sachen ist unabweisbar, wenn man anerkennt, dass der Begriff der Rechtsnachfolge alle derivativen Erwerbsarten umfasst und dass hier eine Kombination von abgeleitetem und originärem Erwerbe vorliegt. Nur von diesem Standpunkte aus vermeidet man das geradezu widersinnige Resultat, welches sich ergeben müsste, wenn man über die orginäre Seite, welche der Erwerb durch Aneignung zweifellos hat, seine Bedingtheit durch eine wirksame Eigentumsaufgabe übersehen und die Anwendbarkeit des § 325 I CPO. leugnen würde. Oder wäre es nicht widersinnig, wenn die besitzende Prozesspartei [7]) den Besitz zu Gunsten eines bestimmten Dritten nur so aufgeben könnte, dass der Dritte an das Ergebnis des Prozesses gebunden wäre (§ 325 I), dass aber diese beiden zum Schutze des Gegners gegebenen Vorschriften unanwendbar blieben, wenn die Verfügung über die streitige Sache so getroffen wäre, dass jedermann sich ihrer bemächtigen kann?

Wie stets so findet die Erstreckung der Rechtskraft auf den Dritten auch hier nur insoweit statt, als er selbst entweder aus der Person der Prozesspartei Rechte ableitet oder als daraus, dass er Rechtsnachfolger geworden ist, gegen ihn Rechtsfolgen abgeleitet werden. Daraus folgt einerseits, dass er nicht gehindert ist, zu behaupten, die derelinquierende Partei habe den Besitz einer dem Okkupanten bereits gehörigen Sache aufgegeben. Anderseits folgt aus dem angegebenen Gesichtspunkt, dass der über einen Niessbrauch oder ein Pfandrecht gegen den Eigentümer

7) Im reinen Eigentumsfeststellungsstreit kann dies auch der Kläger sein.



begonnene Feststellungsprozess mit Wirksamkeit gegen den Okkupanten durchgeführt wird, wenn die streitige Sache nach dem Prozessbeginn eigentumslos gemacht war. Nicht ohne Zweifel ist die Frage, ob die Verurteilung zur Herausgabe gegen den Okkupanten rechtskräftig wird.[8]) Die Beantwortung hängt davon ab, ob der gegen den derelinquierenden Besitzer anhängig gemachte dingliche Anspruch auf den Okkupanten übergeht.[9]) Und dies hängt wiederum davon ab, ob der Okkupant Besitznachfolger des Beklagten ist. Dies ist aber zu verneinen[10]) und demnach deficiert auch die Rechtskraft der Verurteilung — wohl zu unterscheiden von der Wirkung des Eigentumsfeststellungsurteils — gegenüber dem Okkupanten. Dieser ist selbständig auf Herausgabe zu beklagen, wobei die im früheren Prozess erstrittene Eigentumsfeststellung zu benutzen ist.[11])

III. Anders gestaltet sich die Rechtslage bei der nach § 928 BGB. erfolgten „Aufgabe des Eigentums an einem Grundstücke". Betrachtet man allerdings als die Folge dieser Aufgabe, dass das Grundstück ebenso wie eine derelinquierte Mobilie eigentumslos wird,[12]) so würden die vorher entwickelten Grundsätze zur Anwendung zu kommen haben. Sieht man aber, wie ich an anderem Orte[13]) zu begründen versucht habe, die Wirkung der Aufgabe darin, dass der Aufgebende zwar aufhört Eigentümer zu sein, dass aber das Grundstück nicht eigentumslos wird, so ergibt sich mit Notwendigkeit die Auffassung, dass eine selbständige Vermögensmasse entsteht, zu der nicht nur das (subjektlose)

8) Nach § 727 CPO. hängt lediglich von dieser Frage die Vollstreckbarkeit gegen den Okkupanten ab.

9) Vgl. näher unten § 48/9.

10) Korrelat und Bestätigung dieses Satzes ist der andere, dass die für den Derelinquenten abgelaufene Verjährungs- und Ersitzungszeit dem Okkupanten nicht anzurechnen ist (§§ 221, 943 BGB.).

11) Vgl. oben § 6 S. 47 unter 1.

12) So die allgemeine Meinung, die dann, wenn man nicht den Fiskus als die von dem „Vertreter" (§ 58 CPO.) vertretene Partei ansieht oder die Schwierigkeit durch die Bezeichnung des „Vertreters" als Partei kraft Amtes als gelöst betrachtet, zu dem Resultat gelangen muss, dass ein Prozess gegen eine fehlende Partei geführt wird. — Widerspruchsvoll Gaupp-Stein. In Bem. I zu § 325 lehrt er, dass der Eigentümer nach § 265 CPO. Partei bleibt, wenn die Aufgabe während des Prozesses erfolgt; anderseits leugnet er in Bem. III Abs. 2 zu § 265, dass in der Aufgabe eine Veräusserung liege, lehrt dann aber wieder, dass „bei der Aneignung des Grundstücks während eines nach § 58 CPO. geführten Prozesses eine Veräusserung vorliege".

13) Anspr. u. Klagr. S. 231 f.



Eigentum selbst, sondern auch die sich „aus ihm ergebenden Rechte“ gehören und welches belastet wird mit den sich aus dem Eigentum ergebenden Pflichten.[14]) Die Vertretung dieser Vermögensmasse hat materiellrechtlich nur der nach § 1913 BGB. zu bestellende Vertreter,[15]) prozessual sowohl er, als der in Ermangelung eines Pflegers[16]) gemäss § 58 CPO. bestellte Vertreter, der letztere aber nur für denjenigen Passivprozess, für den er gemäss § 58 CPO. gegeben wurde.[17])

Es erscheint nun zweifellos, dass das rechtskräftige Urteil, welches gegenüber dem Eigentümer bereits vor der Aufgabe ergangen ist, in einem weiteren Prozess, welchen ein Vertreter der Vermögensmasse führt, sowohl für, als gegen diese wirksam ist.[18]) Zur Vollstreckung genügt die gegen den Aufgebenden ergangene Verurteilung wegen § 750 CPO. ebenso wenig, wie gegen den Testamentsvollstrecker oder Nachlasspfleger eine Verurteilung des Erblassers. Vielmehr ist hier ebenso, wie dies im Falle des § 749 CPO. ausdrücklich (aber überflüssigerweise) vorgeschrieben ist, eine neue Ausfertigung gegen den gemäss § 787 CPO. bestellten Vertreter

---

14) Unrichtig ist die von mir a. a. O. S. 234 angedeutete Auffassung, dass diese Vermögensmasse unter den Grundsätzen der von mir sog. „selbständigen Sondervermögen“ stehe. Die letzteren sind Teile des Vermögens einer bestimmten Person, während hier ebenso wie bei der von mir a. a. O. zur Vergleichung angezogenen hereditas jacens sicher ist, dass jetzt ein Subjekt dieser Vermögensmasse nicht vorhanden ist.

15) Auf die Möglichkeit, ihn zu bestellen, ist schon in den Protokollen der II. Kommission (Bd. 3 S. 187) hingewiesen.

16) Beachtet man dies, so ergibt sich der Zusammenhang von § 57 und § 58 CPO.

17) § 58 CPO. spricht nur von Prozessen über „Rechte an dem Grundstück“. Der Wortlaut deckt also nicht solche Fälle, in denen ein Anspruch auf eine Leistung geltend gemacht wird, welche von dem Eigentümer als solchen geschuldet wird, so z. B. auf Beseitigung einer störenden Anlage (§ 908 BGB.) oder aus einem Mietvertrag. Hier ist entweder ausdehnend zu interpretieren, oder es ist ein Pfleger (§ 1913) zu bestellen. Das erstere dürfte das richtige sein.

18) Beispiel: Ein Dritter hat gegen den als Eigentümer Eingetragenen die Feststellung seines Eigentums erstritten. Nun gibt der Besiegte das Eigentum auf und der Sieger erhebt gegen die Vermögensmasse die Klage auf Bewilligung der Grundbuchsberichtigung. Oder: in einem Prozess über die Feststellung einer dem nachher aufgegebenen Grundstück angeblich zustehenden Grundgerechtigkeit ist ein Urteil gefällt; es schafft Rechtskraft über die Frage, ob sie besteht. Klagt der Pfleger Mietszinsen für die Vermögensmasse, der gemäss § 571 BGB. nunmehr die Mietsrechte zustehen und welcher die sich aus dem Vertrag ergebenden Verpflichtungen obliegen, ein, so ist das Bestehen des Mietverhältnisses auch im Verhältnis des Mieters und der Vermögensmasse rechtskräftig.

zu erteilen, deren Erlangung nach Lage des Falls stets auf dem Wege des § 727 CPO. möglich ist.[19])

Schwebt zur Zeit der Aufgabe ein Prozess, in welchem über ein, dem Grundstück zustehendes Recht oder über eine nur auf ihm ruhende Verpflichtung zu entscheiden ist,[20]) so führt der Aufgebende den Prozess weiter (§ 265 CPO). Denn die Aufgabe ist eine Veräusserung deshalb nicht weniger, weil das Eigentum zunächst eine selbständige Vermögensmasse bildet und der Fiskus zunächst nur die Möglichkeit der Aneignung erhält. Wird ein Pfleger oder Vertreter (§ 58 CPO.) bestellt, so ist dieser berechtigt und verpflichtet, den Prozess im Namen der Masse fortzusetzen.[21])

Wie die Urteile, die gegenüber dem Eigentümer ergangen sind, gegenüber der Masse Rechtskraft schaffen, so gilt dasselbe von den gegen sie ergangenen Urteilen gegenüber dem Fiskus,[21a]) der die Masse[22]) nun erwirbt. Er ist ihr Rechtsnachfolger, indirekt also Successor des Aufgebenden und § 325 I CPO. ist demnach ohne Zweifel anwendbar. Lässt sich der Fiskus während eines vom Vertreter geführten Prozesses eintragen, so hört damit die Vermögensmasse auf, als solche zu existieren: es fällt also nicht nur die Partei weg, sondern es erlischt auch die Vertretungsmacht des Vertreters. Aus dem ersteren Grunde ist eine Anwendung des § 241 CPO. nicht möglich.[23]) Jedenfalls wird der Prozess unterbrochen und der Fiskus hat ihn aufzunehmen. Das folgt entweder

---

19) Die Denkschrift zu § 696f. Novelle bezeichnet es als „selbstverständlich, dass § 17 des ZwVG. gegenüber der Sondervorschrift des § 696d (§ 787) keine Anwendung finde.“ Das ist es keineswegs. Vielmehr ist zu sagen: Dem § 17 ist hier genügt, wenn man unserer Auffassung der Rechtslage folgt.

20) Andere Prozesse nehmen selbstverständlich ihren Fortgang gegen den Aufgebenden. — Da die Aufgabe stets eine unentgeltliche Verfügung ist, so eröffnet sich die Möglichkeit einer Gläubigeranfechtung, z. B. seitens des Käufers. Sie kann gegen niemand anders, als gegen die Vermögensmasse gerichtet werden. — Hat der Käufer eine Vormerkung eintragen lassen, so ist die in § 888 BGB. vorgesehene Zustimmung von dem Pfleger zu erteilen. Die Verurteilung des gemäss §§ 58 CPO. bestellten Prozessvertreters ersetzt sie nach §§ 894 CPO.

21) Führt der Kläger die Bestellung eines Vertreters herbei, so hat er den Vorteil, ohne Weiterungen die Vollstreckung betreiben zu können.

21a) Schliesst er sich als Nebenintervenient an, so ist er selbständig in der Prozessführung (§ 69 CPO.).

22) Die Möglichkeit der Verwandlung ihrer Zusammensetzung ergibt sich, wenn man an die Versteigerung mit Verbleiben eines Restes, an die Einziehung von Mietsgeldern oder von Schadensersatzleistungen durch den Pfleger denkt.

23) Die Partei ist nicht dieselbe, wie im Beginn des Prozesses.



direkt aus dem § 266 CPO. oder — und dies ist das richtige — aus der Analogie des § 239 CPO. [24])

IV. Eigentumserwerb durch Ersitzung.

Wäre im gemeinen Recht das Erfordernis des justus titulus wirklich festgehalten, so würde dies bedeuten, dass ein Übertragungsgeschäft oder ein sonstiger Thatbestand vorliegen müsste, an welchen sich der sofortige Eigentumserwerb anknüpfen würde, falls der Vorgänger Eigentümer gewesen wäre.[25]) Dem Ablauf der Ersitzungszeit würde dann die Bedeutung zukommen, dass er den Mangel im Rechte desjenigen heilen würde, aus dessen Person der Titel abgeleitet wurde. Die Ersitzung wäre nichts anderes, als die Befestigung der dem Erwerber von dem Veräusserer verschafften unvollkommenen Rechtsstellung. — Die Durchführung dieser Ansicht, welche geradezu zu der von Brinz [26]) verteidigten Ansicht der derivativen Natur des Erwerbs durch Ersitzung führen würde, scheitert jedoch an der Anerkennung des sog. Putativtitels, die in Wirklichkeit bedeutet, dass unter besonderen Umständen ein Titel nicht erforderlich ist.

Nach dem BGB. ist lediglich guter Glaube erforderlich und die originäre Natur der Erwerbsart nicht zu bezweifeln. Der Ersitzende löst den bisherigen Eigentümer ab, aber nicht deshalb, weil dieser Eigentümer war, sondern trotzdem er es war. Es fehlt der kausale Zusammenhang zwischen Rechtsverlust und Rechtserwerb, die Verbindung, welche das Einrücken an die Stelle eines Anderen als Rechtsnachfolge

---

24) Ebenso wie im Falle des § 306 HGB. (Fusion zweier Aktiengesellschaften.) Vgl. oben § 21 I. — Wie wenig Ernst es den Anhängern der Theorie, welche die Vertreter unserer Art als „Partei kraft Amtes“ auffasst, mit dieser Parteiqualität ist, zeigt Gaupp-Stein, Bem. III a. E. zu § 58 CPO., indem er lehrt, dass die Handlungen der „Partei kraft Amts“ „unmittelbar gegen den neuen Eigentümer wirken, der sich dem Vertreter gegenüber in der Rolle eines Rechtsnachfolgers in den Prozess befindet“. Also Parteiwechsel und doch unmittelbare Wirkung und Fortsetzung ohne Unterbrechung! — Wer wie Petersen-Anger zu § 58 CPO. den Vertreter als den Vertreter des Fiskus auffasst, muss natürlich annehmen, dass dieser den Prozess ohne Unterbrechung fortzuführen hat, wie der Grossjährig-Gewordene den Prozess seines Vormunds. Aber dann wäre die Verurteilung des „Vertreters“ in Wahrheit Verurteilung des Fiskus und dieser hätte demnach die Prozesskosten zu tragen!

25) Nicht entgegen die usucapio pro derelicto, vgl. oben Note 5. Die usucapio pro herede ist als ein besonderes erbrechtliches Rechtsinstitut entstanden.

26) Pand. 2. Aufl. I S. 244, 595. Die weitere Litteratur s. bei Windscheid, 8. Aufl. I § 64 Note 6.



erscheinen lässt.[27]) Dass die für Dritte begründeten Rechte an der Sache prinziell bestehen bleiben,[28]) ist nicht die Konsequenz einer Rechtsnachfolge, sondern der die Sache ergreifenden Herrschaft.

Trotzdem die Ersitzung originär das Eigentum begründet, können in dem Thatbestande der Ersitzung derivative Erwerbselemente in Betracht kommen. Nicht nötig, aber doch die Regal ist es, dass der Ersitzende den Besitz durch Rechtsnachfolge erlangt hat.[29]) Will er sich nun die Ersitzungszeit seines Rechtsvorgängers (im Besitz) anrechnen und ist diesem gegenüber die Ersitzung durch Klage unterbrochen, so steht diese civilistische Wirkung des Prozessbeginns selbstverständlich dem Nachfolger entgegen. Die Folge ist, dass er schon aus diesem Grunde die Ersitzung nur vollenden kann, wenn er selbst 10 Jahre hindurch den erforderlichen Besitz gehabt hat. Würde er versuchen, sich zur Behauptung seines Eigentums auf das verneinte Eigentum des Vorgängers zu berufen, so steht ihm die Rechtskraft entgegen.[30])

War gegen den Rechtsvorgänger der Prozess über den Eigentumsanspruch bereits rechtshängig, als der Nachfolger die Sache erwarb, so wirkt die Verurteilung zur Herausgabe auch gegen ihn. Denn diese Erstreckung der Wirksamkeit dieses Urteils wird dadurch bedingt, dass er Rechtsnachfolger im Besitz ist. Voraussetzung ist aber, dass nicht etwa infolge seines gutgläubigen Erwerbes das Eigentum des Klägers und somit auch dessen Eigentumsanspruch erlosch. Sich hierauf zu berufen, verstösst ebensowenig contra rem judicatam, wie die Berufung darauf, dass der bejahte Eigentumsanspruch durch Vollendung der eigenen Ersitzung untergegangen ist.[31])

---

27) Die römischen Juristen gebrauchen auch für derartige Fälle den Ausdruck successio (vgl. Regelsberger, Pand. I S. 443). Aber die „unverbundene Succession" (Dernburg, Pand. I § 81 Nr. 1) ist jedenfalls keine Rechtsnachfolge im Sinne der Reichsgesetze.

28) Die zwecks Regelung der Beweislast beliebte Fassung des Gesetzes (§ 945) spricht nicht dagegen.

29) Nach den Grundsätzen über den Schutz des guten Glaubens hat die Ersitzung praktische Bedeutung vorzugsweise dann, wenn es sich um abhanden gekommene Sachen handelt, oder wenn der Veräusserer nicht die nötige Geschäftsfähigkeit oder Vertretungsmacht hatte.

30) War die Klage gegen den Vorbesitzer abgewiesen, so kann sie auch gegen den Nachbesitzer, der sich auf den siegreichen Beklagten stützt, nicht contra rem judicatam wiederholt werden.

31) Hierüber wurde bereits in anderem Zusammenhang ausführlicher gesprochen. vgl. oben § 18, 27.



Ist wegen eines Niessbrauchs eine Verurteilung gegen den Rechtsvorgänger ergangen, so wirkt sie auch gegen den ersitzenden Besitznachfolger. Mit der Vollendung der Ersitzung (§ 945) aber hört diese Wirkung aus den gleichen Gründen auf, es sei denn, dass der Ersitzende bezüglich des festgestellten Rechts nicht in gutem Glauben war.

V. Der Erwerb von Erzeugnissen und Bestandteilen ist abgeleiteter Erwerb, sofern das Eigentum darauf gegründet wird, dass man vermöge eines Rechts an fremder Sache (§ 954) oder kraft Gestattung (§ 956) zum Fruchtbezug befugt gewesen sei. Stützt sich der Beklagte auf das Recht des Dritten, so nützt ihm die Rechtskraft gegenüber demjenigen, gegen den das Recht seines Autors festgestellt wurde; sie schadet ihm, wenn es verneint wurde, falls die Rechtsnachfolge nach Beginn der Rechtshängigkeit eintrat. — Jedoch kann das Fruchtbezugsrecht auch unabhängig von dem Rechte eines Dritten lediglich auf Grund des guten Glaubens bestehen (§§ 955, 957). Soweit dieser Gesichtspunkt Platz greift, ist der Fruchterwerb kein abgeleiteter Erwerb. Für die Erstreckung der Rechtskraft fehlt dann also die Voraussetzung.

§ 41.

5. Rechtsnachfolge infolge Rechtsverleihung.

a) Verträge auf Leistung an Dritte, insbesondere die civilen Orderpapiere.

I. Die Grundsätze, welche bei der Okkupation von derelinquierten Sachen gelten, wurden, obwohl sie keine grosse praktische Bedeutung haben, ausführlicher besprochen, weil sie den Gesichtspunkt zur richtigen Beurteilung von Erscheinungen geben, die praktisch ebenso wichtig, wie in Theorie und Praxis bestritten sind. Es handelt sich um die Frage: Ist der Dritte bei dem Vertrag auf Leistung an Dritte, ist der Indossatar, ist der Erwerber eines Inhaberpapiers als Rechtsnachfolger zu betrachten?[1])

Das Charakteristische in der Stellung des Okkupanten einer bereits

1) Der in der Überschrift gebrauchte Ausdruck „Rechtsverleihung" ist gewählt, um die in diesem Abschnitt behandelten Fälle, die trotz aller Verschiedenheiten im einzelnen eine Reihe von gemeinsamen Charakteristiken haben, mit einem gemeinsamen Namen bezeichnen zu können. Dass er völlig einwandsfrei sei, wird nicht behauptet. Aber ein besserer bot sich mir nicht dar.



im Eigentum gewesenen Sache besteht darin, dass er durch die Aneignung ein neues Recht begründet, dass aber die Möglichkeit dieser Begründung aus der früheren Berechtigung eines anderen (aus dem Eigentum des Derelinquenten) und aus einer von ihm vorgenommenen Verfügung (der Aufgabe des Eigentums) hergeleitet wird.

Eine solche Art der Rechtsnachfolge, welche weder Translation, noch Konstitution, noch Restitution, aber doch abgeleiteter Erwerb ist, haben wir bei den Verträgen auf Leistung an Dritte.

II. Sie bieten das Mittel, um dem Dritten das Recht auf die dem Versprechensempfänger nach Inhalt des Vertrags geschuldete[2]) Leistung in einer eigentümlichen Form zu verschaffen. Im Gegensatz zu der Cession, welche sich durch Einigung des Gläubigers (Versprechensempfängers) und des Dritten vollzieht, kann hier die Verschaffung des Rechts auf die Leistung ohne Wissen und Willen des Dritten lediglich kraft der Einigung des Gläubigers und des Schuldners geschehen. Hat der Dritte solchergestalt das Recht auf die Leistung unwiderruflich[3]) erworben, so ist der Thatbestand der Verschaffung vollendet.[4])

Besonders deutlich wird die Rechtslage, wenn der Versprechensempfänger die Leistung sibi aut cui volat[5]) hat versprechen lassen.

---

2) Dass wir die Vereinbarung der Leistung (als den Hauptvertrag) und die Abrede, dass sie an den Dritten zu machen ist (als die Nebenabrede), scharf von einander unterscheiden müssen, gilt selbst dann, wenn beide in einem Male getroffen werden. Praktische Bedeutung hat dies vor allem bei der Frage nach der Wirkung, welche der Zurückweisung des dem Dritten erworbenen Rechts beizulegen ist. Die Situation ist rechtlich die gleiche, als wenn die Vereinbarung, dass die Leistung an den Dritten gemacht werden soll, nachträglich getroffen wird, wobei es gleichgültig ist, aus welchem Grunde (ex contractu, delicto, lege) die Leistung geschuldet wird. Die in Betracht kommenden Probleme treten in ihrer reinen Gestalt viel schärfer hervor, wenn man von dieser Möglichkeit ausgeht.

3) Dazu gehört die Annahme des erworbenen Rechts. Vgl. § 333 BGB. und m. Vertr. S. 265 f.

4) Diese Verschaffung wirkt deshalb in Verbindung mit der Einigung über Übereigentumsübertragung u. s. w. geradeso wie die Cession des Anspruchs auf Herausgabe nach § 934 BGB. Die §§ 424, 450, 647 HGB. enthalten heute nicht mehr eine handelsrechtliche Singularität. Vgl. m. Vertr. S. 344,6 und über die Anwendung des alteri stipulari als einer Geschäftsform, durch welche einem Dritten mortis causa direkt eine Zuwendung aus dem Vermögen des Zuwendenden gemacht werden kann, die §§ 54/5.

5) Über das Vorkommen dieser in § 332 BGB. als zulässig vorausgesetzten Orderklausel im römischen Recht (l. 37 § 3 D. 32) vgl. m. Vertr. S. 8 f. Die Gründe, welche Kipp bei Windscheid II § 316 Note 4a gegen meine Auffassung der römischen fideicommissa a debitore relicta anführt, haben mich nicht überzeugt. Ich



Dann hat er 1) die Forderung auf Leistung (an ihn selbst) und über diese kann er beliebig durch Cession oder Verpfändung verfügen; sie kann gepfändet werden [6]) und gehört zu seiner Konkursmasse. Der Gläubiger hat aber 2) das Recht, kraft der mit dem Schuldner getroffenen Vereinbarung einen Dritten als den auf die Leistung Berechtigten zu bestimmen und gerade dadurch, dass hier der Vertragsschluss und die Verleihung des Rechts an den Dritten zeitlich und sachlich ausser einander fallen, ist es handgreiflich, dass der Versprechensempfänger es ist, welcher das Forderungsrecht, indirekt also den geschuldeten Gegenstand, dem Dritten zuwendet und damit eine „Verfügung" über sein Recht trifft.[7])

III. Cediert der Gläubiger das ihm zustehende Recht dem Dritten, so setzt dies einen Vertrag voraus. Der Dritte löst den bisherigen Gläubiger ab und erleidet alle Einwendungen, welche dem Cedenten selbst hätten entgegengesetzt werden können (§ 404), bei der Abtretung des aus einem abstrakten Vertrag entspringenden Forderungsrechts also auch diejenigen, welche aus dem von dem Versprechen getrennten Schuldgrunde hervorgehen und stets die nach § 406 BGB. zulässige

bleibe dabei, dass es kein „vollwertiges Äquivalent" ist, wenn der Schuldner statt an den bisherigen Gläubiger an einen anderen zu leisten hat; deshalb ist es auch kein Zufall, dass man bisher eine solche Begünstigung nicht als Zuwendung betrachtet hat, auf welche ein Fideikommiss gelegt werden kann. Die von Kipp im Falle der l. 77 D. 30 u. l. 26 pr. D. 16.3 vermisste Vereinbarung zwischen Gläubiger u. Schuldner ist in l. 37 § 3 D. 32 deutlich gegeben und dasselbe Reskript Hadrians bezieht sich auf beide Fälle. Der scharfsinnige Versuch von Kipp, die l. 37 § 3 unter Annahme eines echten Fideikommisses zu interpretieren, enthüllen die m. E. auch von Kipp nicht beseitigten Schwierigkeiten, welche sich jeder anderen Interpretation, als der meinigen entgegenstellen. Ein Hauptargument von mir berührt Kipp nicht. Wie harmoniert die jedenfalls nicht auf Versehen beruhende Aufnahme der Stelle, in der formlose Erklärungen ein Vermächtnis begründen, mit dem Grundsatz, dass Vermächtnisse eine bestimmte Form erfordern? Schliesslich: weshalb sträubt man sich dagegen, den römischen Juristen das Verdienst einzuräumen, unter Anwendung von althergebrachten Formen in genialer Weise ein Verkehrsbedürfnis befriedigt zu haben?

6) Vgl. Verträge S. 233 f.

7) Wird der Dritte alsbald bei dem Vertragsschluss bestimmt, ohne dass der Stipulant das Recht hat, „an seine Stelle einen Anderen zu setzen" (§ 332 BGB.), so gilt das im Text zuletzt Gesagte zwar auch, ist aber nicht so deutlich erkennbar. Auch hier ist stets die Veräusserungsfähigkeit des Versprechensempfängers die Voraussetzung dafür, dass die auf die Berechtigung des Dritten gerichtete Vereinbarung gültig ist. Der Minderjährige, welcher die Genehmigung zum Abschluss eines Lebensversicherungsvertrags erhielt, aber ohne Zustimmung des Vormunds vereinbarte, dass die Gegenleistung des Versicherers an einen Dritten gemacht werden soll, trifft die in der letzteren Vereinbarung liegende Verfügung in unwirksamer Weise (Vertr. S. 64/6.) Ob damit der ganze Vertrag unwirksam wird, bestimmt sich nach § 139 BGB.



Aufrechnung auf Grund jeder gegen den Stipulanten gerichteten Gegenforderung. Verleiht der Stipulant dem Dritten das Recht auf die Leistung, so geschieht dies durch einen gegenüber dem Dritten einseitigen Rechtsakt[8]) und der Dritte erleidet zwar ebenfalls alle Einwendungen „aus dem Vertrage" (§ 334); aber alle diejenigen, welche mit dem Schuldversprechen in keinem direkten Zusammenhang stehen, sind gegenüber dem Dritten ausgeschlossen, so namentlich also die Aufrechnung ex alia causa und bei einem abstrakten Vertrag auf Leistung an Dritte die Einwendungen, welche der Cessionar ebenso wie der Gläubiger selbst mit Rücksicht auf die causa promittendi erleiden.[9])

Schon in diesem praktisch bedeutungsvollen Unterschied zeigt es sich, dass das Recht des Stipulanten (auf Leistung an ihn selbst) und das Recht, welches er dem Dritten verleiht, nicht als identisch gelten können. Cession und Verleihung unterscheiden sich also nicht nur durch die Verschiedenheit der Verfügung, aus welcher der Dritte sein Recht ableitet, sondern auch durch das Objekt, auf welches sich das Verschaffungsgeschäft bezieht.[10]) Gleich ist in beiden Fällen, dass mit dem Erwerb des Rechts durch den Dritten sich die Folge verbindet, dass der Stipulant nicht mehr die Leistung (an ihn selbst) verlangen kann. Aber bei der Cession geht die Forderung des Abtretenden über und erlischt deshalb für ihn; bei der Verleihung entsteht dadurch, dass der Stipulant die Vertragsklausel durch Bestimmung des Dritten kompletiert, für diesen ein neues Forderungsrecht und der Grund, weshalb diese Verfügung ihn hindert, die Leistung (an ihn selbst) zu fordern, liegt lediglich darin, dass der Schuldner nur einmal zu leisten braucht. Daraus ergibt sich, dass die einmal geschehene Cession dem Gläubiger die Möglichkeit, einem Dritten das Recht auf die Leistung zu verleihen, raubt und dass ebenso die (unwiderrufliche) Verleihung[11]) einem Vierten nicht das

8) Wenigstens ist dies möglich u. genügend und der Dritte hat dann das Ausschlagungsrecht (§ 332 BGB.). Denkbar ist es auch, dass nach der Vereinbarung die Bestimmung des Dritten durch eine mit ihm zutreffende Einigung zu geschehen hat, so z. B. durch Übergabe und Annahme der Vertragsurkunde.

9) Vgl. näher Vertr. S. 270/5.

10) Nicht zutreffend ist es m. E., wenn Staub § 5 zu Art. 13 WO. die Cession des Wechselrechts als den „niederen" Erwerb von dem Erwerb durch Begebung des Wechsels unterscheidet. Ähnlich Lehmann, dogm. Jahrb. 34 S. 432 („minderer" — „besserer" Erwerb).

11) Bezweckt die Bezeichnung des Dritten eine Zuwendung von Todes wegen, so gehört der Tod ebenso wie bei der Errichtung eines Vermächtnisses zu dem Thatbestand



Recht auf die Leistung (an ihn) verschaffen kann.[12]) — Anderseits aber folgt daraus auch, dass verschiedene Verfügungen des Stipulanten dann wirksam sind, wenn sie den eben bezeichneten Widerspruch nicht enthalten. So kann er die Forderung auf Leistung (an ihn selbst) dem Einen verpfänden und trotzdem noch das Recht auf die Leistung einem Anderen verleihen. Endlich ergibt sich von dem obigen Standpunkt aus auch das, dass die mit der Rückwirkung des § 332 BGB. sich vollziehende Zurückweisung nicht etwa die Forderung auf den Stipulanten zurückgehen lässt;[13]) sondern die Zurückweisung bedeutet, dass der Umstand, welcher die temporäre Unwirksamkeit des dem Stipulanten an sich[13a]) verbliebenen Rechts (auf Leistung an ihn selbst)[14]) herbeiführte, mit rückwirkender Kraft wegfällt und dass deshalb dieses Recht nunmehr wieder ausgeübt werden kann.[15])

IV. Nur eine Komplikation der bisher betrachteten Sachlage ergibt sich dann, wenn nach der Vereinbarung an den Gläubiger oder an den von diesem zu bestimmenden Dritten zu leisten ist und wenn auch dieser und seine Nachmänner wieder das Recht haben sollen, einen Vierten u. s. w. als den Berechtigten zu bestimmen. Dann ist der von dem Versprechensempfänger bestimmte Dritte in derselben Stellung, wie jener:

---

des Verleihungsakts. Dieser ist erst jetzt vollendet und erst jetzt wirksam (§ 331 BGB.). Deshalb kann der Gläubiger trotzdem noch cedieren und dadurch die Verleihung unwirksam machen.

12) Das Verhältnis ist also zu vergleichen mit dem Fall, dass der Verkäufer wegen des Kaufgelds auch einen Wechsel erhalten hat. Hat er den Wechsel begeben, so kann weder er selbst, noch sein Cessionar in der Kaufgeldforderung diese geltend machen, so lange der Wechsel nicht in seine Hände zurückgelangt ist.

13) Wie dies der Fall ist, wenn die anfechtbare Abtretung angefochten wird. Vgl. oben § 39 Note 22 und § 16.

13a) Möglich ist es, dass nach der besonderen Intention der Parteien der Schuldner nur dann zur Leistung verpflichtet sein soll, wenn der Dritte die Leistung annimmt, möglich auch, dass die Leistung nach ihrem Inhalt nur an den Dritten gemacht werden kann. In solchen Ausnahmsfällen hat der Versprechensempfänger nicht das Recht, selbst die Leistung zu verlangen. Vgl. m. Vertr. S. 116 f., 129, 267.

14) Wohl zu unterscheiden von dem ihm nach § 335 BGB. im Zweifel verbleibenden Recht, die Leistung an den Dritten zu verlangen. Dieses Recht u. das Recht des Dritten auf die Leistung können neben einander bestehen und ihre Konkurrenz begründet eine besondere Art der Gesammtgläubigerschaft. Vgl. unten Note 19.

15) Eine Besonderheit enthält § 382 BGB., der dem Hinterlegenden das Recht auf Rückgabe selbst dann gibt, wenn das Recht des Gläubigers ein unwiderrufliches geworden war, aber durch Versäumung der Frist wegfiel. Die Einziehung durch den Gläubiger oder sonstige Verfügungen desselben tilgen auch das einstweilen schlafende Recht des Hinterlegenden. Vgl. auch § 1171 III BGB.

er kann entweder sein vorhandenes Recht vertragsmässig abtreten oder seinen Nachmann (den Vierten) unmittelbar aus dem Vertrag und mittels einseitiger Verfügung dadurch berechtigen, dass er ihm den Anspruch auf die Leistung verleiht.

Jeder Nachmann ist auch in der Lage, dem Vormann und so auch dem Versprechensempfänger sein (des Nachmanns) Recht abzutreten. Er kann aber statt dessen auch mit ihm vereinbaren, dass die Verleihung an ihn (den Nachmann) aufgehoben werde. Dann kann der Vormann wieder die Leistung verlangen. Aber er macht dann nicht das Recht des Nachmanns geltend, sondern das aus dem Vertrage entspringende Recht auf Leistung (an ihn aut cui volat).

Nehmen wir nun noch an, dass die Bestimmung des Dritten gemäss der Vertragsbestimmung durch Begebung der über die Verpflichtung ausgestellten Urkunde zu geschehen hat, so haben wir das civile Orderpapier vor uns, über welches das Reichsrecht keine ausdrücklichen Bestimmungen enthält und das nur in den sinngemäss zu interpretierenden Vorschriften der §§ 328/5 seine Regelung finden kann.[16])

V. Hiermit dürfte die Auffassung gerechtfertigt sein, dass der Erwerb, den der Dritte auf Grund eines ihn berechtigenden[17]) Vertrags auf Leistung an Dritte macht, ein abgeleiteter Erwerb der beson-

---

16) Vgl. näher m. Vertr. S. 230/3. Bei Dernburg BR. II § 147 sind die civilen Orderpapiere nicht berücksichtigt.

17) Ist die Stellung des Dritten nicht derart befestigt, dass er ein eigenes Recht hat, ist er vielmehr nur zur Empfangnahme der Leistung ermächtigt, so übt er durch Empfangnahme der Leistung das Recht des Versprechensempfängers aus. Rechtskraftserstreckung kommt hier für eine Klage des Dritten nicht in Frage, da er selbst eine Forderung nicht hat und nur mit Prozessvollmacht im Namen des Gläubigers klagen könnte. Für eine Klage des Schuldners gegen den Dritten kann sie dann in Betracht kommen, wenn der Schuldner an den Dritten als den angeblich Ermächtigten geleistet hat und die Leistung wegen mangels einer Bevollmächtigung oder wegen ihrer Nichtigkeit mit der condictio sine causa (s. m. Vertr. S. 136 f.) zurückfordert. Kann hier der Schuldner dem Dritten, wenn der eben bezeichnete Mangel gegenüber dem Gläubiger festgestellt ist, die Rechtskraft entgegensetzen, falls der Dritte leugnet, dass an ihn sine causa gezahlt sei? Es ist dieselbe Frage, wie die: erleidet der Empfänger einer angewiesenen Zahlung den Einwand der Rechtskraft, wenn dem Anweisenden gegenüber die Nichtigkeit der Anweisung (z. B. die Fälschung des Checks) festgestellt ist? Die Frage dürfte zu verneinen sein. Der Empfänger ist ein Dritter und es fehlt der Rechtsgrund, um die Rechtskraft zu erstrecken. Wird der Schuldner von seinem Gläubiger belangt, nachdem er an den Dritten gezahlt hat, so hat er in der Streitverkündung das Mittel, um sich den Regressanspruch zu sichern, den er gegen den Dritten haben wird, wenn er an ihn sine causa gezahlt hat.



deren hier betrachteten Art ist. Er erwirbt 1) ein Recht, welches nicht etwa von dem Versprechensempfänger auf ihn übergeht, aber er erwirbt es 2) auf Grund der durch Vereinbarung mit dem Schuldner oder durch nachfolgende Verleihung des Versprechensempfängers geschehenden Verfügung desselben, also a) nur dann, wenn dieser ein Recht hatte, b) nur dann, wenn dieser die Geschäftsfähigkeit und die Verfügungsmacht hatte und c) nur dann, wenn die gehörige Form der Verfügung beobachtet wurde.

Hieraus ergibt sich die Beantwortung der Frage, ob die Rechtskraft aus dem Prozess des Vormanns sich auf den Nachmann erstreckt.[18])

1. Die Erstreckung ist nur dann möglich, wenn die Rechtsnachfolge (die Verleihung) nach der Rechtshängigkeit des Autorprozesses stattgefunden hat. Hat der Vormann die Klage erhoben, nachdem der Dritte das Recht auf die Leistung erworben hatte, so beschränkt sich die Rechtskraft auf die Prozessparteien, mag der Versprechensempfänger auf Leistung an ihn selbst oder mag er auf Leistung an den Dritten geklagt haben. Im letzteren Fall ist er, wenn er den Anspruch auf Leistung an den Dritten hat (§ 335 BGB.), doch nur Gesammtgläubiger neben dem Dritten und wenn auch die Besonderheit des Schuldverhältnisses Abweichungen in Einzelheiten zu begründen vermag,[19]) so liegt doch kein Grund vor, der die Annahme rechtfertigen könnte, dass die

---

18) Zu den im folgenden behandelten Fragen vgl. auch Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen S. 444 f., der von seinem abweichenden prinzipiellen Standpunkt aus zu abweichenden Resultaten gelangt.

19) Diese Möglichkeit sieht das Gesetz (§ 429 III verbunden mit § 425 I BGB.) selbst vor. Wegen der Besonderheiten aber, auf welche ich schon in m. Vertr. § 48/9 mit hinreichender Deutlichkeit hingewiesen zu haben glaube, ist man nicht berechtigt, die Gesammtgläubigerschaft überhaupt in Abrede zu stellen. (Vgl. auch Anspr. u. Klagr. S. 192 f.) Ob man mit Rücksicht auf die Besonderheiten hier den Ausdruck „Gesammtgläubiger“ vermeiden will, ist eine mehr terminologische Frage. Will man den Versprechensempfänger und den Dritten nur als Mitgläubiger bezeichnen, so ist dagegen natürlich nichts einzuwenden. Jedenfalls ist die Mitberechtigung von der in § 432 BGB. geregelten sehr verschieden. Eine zur richtigen Beurteilung der Sachlage sehr nützliche Hilfe gewähren uns auch hier die römischen Juristen in l. 37 § 3 D. 32. Hat sich der Vater, der seinem Sohn Vermögen übergibt, versprechen lassen, dass die Sachen „sibi aut cui volat“ restituiert werden, und hat er durch einen Brief an den Sohn eine entsprechende Bestimmung gegeben, so hat der Erbe des Stipulanten die actio ex stipulatu auf Erfüllung, der Dritte aber die actio ex fideicommisso. (Nach einer constitutio divi Pii, quae hoc induxit, wurde die Anordnung als Fideikommiss behandelt, vgl. oben Note 5.) Die zwei Aktionen stellen solidarische Verpflichtungen des Schuldners vor.



Entscheidung über das Recht des Stipulanten Rechtskraft über das zur Zeit des Prozessbeginns bereits vorhandene selbständige Recht des Dritten machen könne. Betrachtet man die Rechtslage von rein logischen Gesichtspunkten aus, so wäre allerdings zu sagen: die Bejahung des Rechts des Stipulanten (auf Leistung an den Dritten) schliesst es aus, dass das Recht des Dritten wegen Ungültigkeit des Vertrags, wegen bereits geschehener Erfüllung u. s. w. verneint werden könnte. Allein dass die Frage der Rechtskraft in Beziehung auf Mitberechtigte nicht von diesen rein logischen Gesichtspunkten aus zu beurteilen ist, folgt aus der Vorschrift des § 429 III BGB., die das sich aus § 325 I CPO. ergebende Resultat noch ausdrücklich bestätigt.[20])

Eine andere Frage ist, ob die Rechtstellung des Dritten durch materiellrechtliche Dispositionen berührt wird, die der Versprechensempfänger vor dem Prozess oder während desselben vorgenommen hat. Dies ist eine Frage des bürgerlichen Rechts, keine Rechtskraftfrage. Ihre Bejahung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Dritte bereits ein Recht auf die Leistung erworben hat, sondern erst dadurch, dass Ereignisse eingetreten sind, welche das Recht des Dritten zu einem unwiderruflichen machen. So erwirbt z. B. der Adressat einer Frachtsendung das Recht auf ihre Aushändigung bereits mit der Ankunft am Ablieferungsort und der Gläubiger, für welchen die Hinterlegung zur Schuldbefreiung stattgefunden hat, bereits mit der Hinterlegung; aber ihr Recht ist der Einwirkung seitens des Versprechensempfängers erst nach Eintritt der in § 435 HGB. bezw. § 376 BGB. bezeichneten Ereignisse entzogen.[21])

2. Ist die vorher behandelte, zeitliche Voraussetzung für die Erstreckung der Rechtskraft gegeben, hat also die Verleihung erst nach Beginn des Prozesses des Versprechensempfängers stattgefunden,[22]) so sind in Ermangelung besonderer Bestimmungen[23]) die allgemeinen Grund-

20) Vgl. dazu oben § 5 Note 15. Sind der Stipulant und der Dritte nicht Gesammtgläubiger, so findet eine Rechtskraftausdehnung um so weniger statt. Vgl auch § 432 II BGB.

21) Im näheren kann hierauf nicht eingegangen werden, vgl. m. Vertr. S. 313 bis 333.

22) Es kommen also nur die Fälle in Betracht, in denen das Recht des Dritten nicht sofort mit dem Vertragsschluss entsteht, vgl. oben II—III.

23) Wie solche in den in den folgenden Paragraphen zu besprechenden Fällen in der That existieren.



sätze anzuwenden. Das zwischen dem Versprechensempfänger und dem Schuldner ergangene Urteil ist also für den Dritten insoweit massgebend, als seine Rechtsstellung sich von der der Prozesspartei ableitet. Hierbei zeigt sich nun die Eigentümlichkeit der jetzt zur Betrachtung stehenden Art der Succession. Das Forderungsrecht des Versprechensempfängers ist ein anderes, als der Anspruch des Dritten, der erst durch die Verleihung, nach unserer Voraussetzung also erst nach dem Prozessbeginn des Versprechensempfängers, entsteht. Eadem quaestio für diesen und den Dritten liegt nur insofern vor, als in dem ersten Prozess über die Gültigkeit des Vertrags und den Inhalt der aus ihm entspringenden Leistungspflicht entschieden ist. Diese Frage ist auch für das Recht des Dritten bedeutungsvoll. Denn es kann nur entstehen, wenn der Vertrag gültig geschlossen ist, und ebenso bestimmt sich nach ihm der Umfang der an den Dritten zu bewirkenden Leistung.

Ist gegenüber der Versicherungsgesellschaft, welche die Gültigkeit des Vertrags wegen falscher Deklaration bestritten hatte, die Gültigkeit bejaht, so hat der Dritte, dem das Bezugsrecht von Todes wegen zugewendet ist und sonach erst mit dem Tode des Versicherten (§ 331 BGB.) zufällt, die Berufung auf die Rechtskraft, wenn die Beklagte sich in Widerspruch mit dem Urteil setzt. Aber keineswegs steht rechtskräftig fest, dass diese an den Dritten zahlen muss. Denn über seine Forderung ist nicht entschieden. Diese hängt noch von anderen Momenten ab, so von der gültigen Verleihung,[24]) von der Fortzahlung der Prämien u. s. w. Auch kann die Gesellschaft gegen den Dritten aus dessen Person Einwendungen ableiten, so z. B. aus einer gegen ihn gerichteten aufrechenbaren Gegenforderung.[25]) — Umgekehrt steht dem Dritten die Rechtskraft entgegen, wenn die Gültigkeit des Vertrags verneint wurde.

In derselben Weise wirkt die Feststellung der Echtheit oder Unechtheit der den Vertrag enthaltenden Urkunde für und gegen den Dritten.

Wir betrachten noch den besonderen unter IV behandelten Fall, dass der Schuldner nach dem Inhalt des Vertrags an den Versprechensempfänger oder an den von ihm zu bestimmenden Dritten leisten muss, dass der Stipulant Klage auf Leistung an ihn selbst erhoben und nach

---

24) Man denke an § 333 BGB. und an die Möglichkeit, dass der Versicherte die Police inzwischen an andere verkauft oder verpfändet haben kann.

25) Auch wenn sie schon zur Zeit des ersten Prozesses bestand.



Erledigung des Prozesses [26]) dem Dritten das Bezugsrecht verliehen hat. Ist die Klage definitiv zurückgewiesen und erhebt nun der Dritte die Klage, so handelt es sich in den beiden Prozessen um einen verschiedenen Prozessgegenstand, wenngleich im rein wirtschaftlichen Sinn die Forderungen als identisch bezeichnet werden können. Da aber der Anspruch auf Leistung an den Versprechensempfänger das Schuldverhältnis erschöpft, [27]) so ist die Entscheidung über den Anspruch die Entscheidung über den Bestand des Vertragsverhältnisses. Da dieser auch für den Anspruch des Dritten Bedingung ist, so steht ihm die Rechtskraft entgegen. Umgekehrt kann er sich auf sie stützen, wenn durch die Verurteilung des Schuldners der Bestand des Schuldverhältnisses bejaht wurde. Aber auch hier ist zu sagen, dass die Rechtskraft nur eine Vorfrage für die Existenz des Anspruchs des Dritten entscheidet. Dieser Anspruch ist ein anderer, als der abgeurteilte. [28])

3. Hat der Dritte mit dem Schuldner prozessiert, so ist zu unterscheiden:

a) Auf das nach § 335 BGB. mit dem Rechte des Dritten konkurrierende Recht des Versprechensempfängers hat die Prozessführung keinen Einfluss. Durch die Anhängigkeit der Klage des Dritten wird die Klagerhebung des auf Leistung an den Dritten mitberechtigten Stipulanten nicht ausgeschlossen; [29]) ebensowenig findet eine Rechtskraftsausdehnung statt. Die Frage nach dem Einfluss der materiellen Dis-

---

26) Geschah dies pendente lite, so findet § 265 CPO. Anwendung. Der Versprechensempfänger hat die Macht der Prozessführung ohne Rücksicht auf die über den Streitgegenstand vorgenommene Verfügung. Vgl. oben § 22f.

27) Wir setzen voraus, dass nicht etwa nur auf einen Teilbetrag der geschuldeten Leistung geklagt ist. Ist dies der Fall, so bezieht sich die Rechtskraft objektiv auf den anderen Teil nicht. Arg. § 322 II CPO.

28) Vgl. oben unter III. Trotzdem ist, wenn die Rechtskrafterstreckung gemäss § 325 CPO. stattfindet, auch die Vollstreckbarkeit für den Dritten vorhanden, da § 727 CPO. diese für alle Rechtsnachfolger ohne Ausnahme statuiert. Der die Verleihung darstellende und die Rechtsnachfolge bedingende Thatbestand ist dem Gerichtsschreiber vollständig nachzuweisen. Umstände, welche die Verpflichtung des Schuldners gegenüber dem Dritten aufheben, sind im Wege der Widerspruchsklage (§ 767/8 CPO.) geltend zu machen.

29) Anders das gemeine Recht (vgl. m. Verträge S. 325/6). HGB. § 433 schliesst das Verfügungsrecht des Absenders aus und macht so das Recht des Adressaten zu einem unwiderruflichen; die Klage des Absenders auf Aushändigung an den Adressaten wird dadurch nicht ausgeschlossen. Der Absender kann ein Interesse daran haben, selbst die Exekution zu betreiben, wenn der Adressat es nicht thut. Das kann er aber nur auf Grund eines auf ihn als den Gläubiger lautenden Vollstreckungstitels.



position des Dritten ist auch hier von der Frage nach der Wirkung der Prozessführung zu trennen.[30])

b) Klagt der Versprechensempfänger auf Leistung an ihn selbst, so ist zu unterscheiden:

α) Hat er trotz der Klagerhebung des Dritten noch das Recht, Konterorder zu erteilen,[31]) so steht seiner Klage auch nicht die Rechtskraft entgegen, wenn der Dritte abgewiesen ist.[32])

β) Hatte der Dritte bereits ein unwiderrufliches Recht, so kann der Stipulant regelmässig[33]) nur durch Cession oder durch Rückverleihung[34]) zur Einforderung der Leistung berechtigt werden. In beiden Fällen erstreckt sich die Rechtskraft auf ihn aus den unter 2 angegebenen Gründen.

b) Rechtsnachfolge bei Begebung und Einlösung von indossablen Papieren.

§ 42.

α) Rechtskraft gegenüber Indossataren.

Unter die Kategorie des eigenartigen abgeleiteten Erwerbs, wie er in § 41 betrachtet und als Verleihung bezeichnet wurde, fällt auch der Erwerb durch Indossament[1]) und Begebung eines Inhaberpapiers.

I. Leugnet man das Vorliegen einer Rechtsnachfolge, so ist dies vollkommen zutreffend, wenn man darunter den translativen Erwerb im Sinne des § 35 versteht.

Ein solcher ist auch bei dem handelsrechtlichen Orderpapier, insbesondere bei dem Wechsel möglich, so bei dem Erbgang, bei der

30) Die Gründe sind die unter 1) entwickelten.

31) Dies ist eine Frage des materiellen Rechts. Nach HGB. § 433 ist sie zu verneinen, ebenso nach BGB. § 376 II Nr. 2. Dagegen ist sie zu bejahen bei den Postbeförderungsverträgen, da das Reichsrecht nicht den allgemeinen Satz hat, dass die Klage des Dritten sein Recht zu einem unwiderruflichen macht. (Vgl. m. Vertr. S. 314 f., 525.) Mit Unrecht schliesst hieraus RG. 43 S. 100, dass der Adressat überhaupt keinen Anspruch auf Aushändigung habe.

32) Vgl. die Ausführungen unter 1.

33) Ausnahmen oben Note 15.

34) Vgl. oben unter IV.

1) Einschliesslich der blossen Übergabe des in blanco indossierten Papiers. Dieser Fall wird in den folgenden Erörterungen nicht besonders erwähnt.

Cession,[2]) bei der Überweisung an Zahlungsstatt (CPO. § 835, II), bei der Zahlung einer Wechselschuld seitens eines Nicht-Wechselschuldners falls an diese sich der Übergang der befriedigten Forderung anknüpft.[3])

Auch eine konstitutive Succession in das für den Gläubiger begründete Recht ist möglich. Zweifellos ist sie gegeben, wenn jene Forderung gepfändet wird (CPO. § 829), aber auch eine Verpfändung[4]) und die Einräumung eines Niessbrauchs an der dem Gläubiger zustehenden Forderung ist möglich.

II. Indossiert der Berechtigte, so überträgt er nicht seine Forderung, sondern diese behält er, aber kraft seiner Berechtigung — als erster Nehmer des Papiers oder als dessen Nachmann — macht er den Nehmer zum Wechselgläubiger derart, dass für ihn eine neue Forderung entsteht.[5]) Sie entsteht auf Grund der ausdrücklich beigefügten

---

2) Kraft Gesetzes tritt eine sog. Konversion des Rechtsgeschäfts ein bei Indossierung eines protestierten Wechsels (Art. 16 II WO.). Vgl. jetzt BGB. § 140, Dernburg, BR. II § 145, IV. Bei Indossierung eines nicht an Order gestellten oder gemäss Art. 9 II WO. nicht indossablen Papiers wird gemäss § 140 BGB. im Zweifel anzunehmen sein, dass statt der Indossierung die Abtretung „gewollt sein würde", wenn die Parteien den Mangel der Indossabilität gekannt hätten. (Vgl. Staub § 6 zu Art. 9 WO. c. cit.) Für den § 140 BGB. ist Voraussetzung nicht, dass die Cession gewollt war, sondern nur, dass die Parteien einen wirtschaftlichen Erfolg im Sinne hatten, der auf einem anderen (nicht gewollten) Wege erreichbar gewesen wäre und nach der vernünftigen Absicht der Parteien auf ihm herbeigeführt sein würde.

3) Vgl. z. B. BGB. § 268.

4) Wohl zu unterscheiden von der Indossierung zu Pfandzwecken, die nach § 1292 BGB. zur Verpfändung genügt, aber nicht erforderlich ist (anders Dernburg, BR. III § 2811). Die Verpfändung gemäss §§ 1274, 1280 setzt aber, ebenso wie die Pfändung, zu ihrer Wirksamkeit ausser der Benachrichtigung des Wechselschuldners die Übergabe des Wechsels voraus. Diese gehört auch zur Cession. — Eine Pfändung mit der Wirkung des Indossaments ist nicht vorgesehen und nicht möglich, vgl. m. Verpfändung u. Pfändung von Forderungen S. 115 f., Verträge S. 233 f.

5) Folgt man dem Wortlaut des § 364 I HGB. u. Art. 10 WO., so wäre sogar Succession in die Rechte des Indossanten anzunehmen. Die Interpretation des Textes entspricht aber der allgemeinen Meinung, welche in der historischen Entwicklung und in anderen Bestimmungen des Gesetzes ihre feste Stütze findet. Abzulehnen ist die häufige Formulierung, der Indossatar erwerbe „aus eigenem, unmittelbaren Recht" (so z. B. ROHG. 24 S. 3 und bezüglich der analog zu beurteilenden Inhaberpapiere RG. 26 S. 407 [„aus eigenem, vermöge der Ausgabe des Papiers für jeden Nehmer entstehenden Rechte"]). Denn vor der Begebung haben Dritte keinerlei Recht aus dem Papier und es ist unerfindlich, wie davon die Rede sein könnte, dritten Personen ein Recht auf Erwerb (etwa im Sinne eines Anwartschaftsrechts) zuzuschreiben. Die Orderqualität begründet die Möglichkeit, dass durch die Begebung für den Erwerber neue Rechte begründet werden, Rechte, die vorher dem Begebenden nicht zustanden.



oder — beim Wechsel — sich nach dem Gesetz von selbst verstehenden Orderklausel, d. h. auf Grund des Versprechens, dem Nehmer der Urkunde oder dem von ihm oder seinen Nachmännern zu bestimmenden Dritten die in der Urkunde bezeichnete Leistung machen zu wollen.

Entsteht nun die Berechtigung nicht schon auf Grund dieses — den Indossataren gegenüber einseitigen — Versprechens, ist vielmehr zweifellos noch ein formell und materiell [6]) gültiger Begebungsvertrag erforderlich, um eine andere Person aus dem mit Orderklausel versehenen Versprechen berechtigt werden zu lassen, so ist meines Erachtens auch das gewiss, dass hier ein abgeleiteter Erwerb vorliegt und dass der Indossatar zu dem Rechtsnachfolger in dem weiteren Sinn des Wortes gehört, in dem dieser Begriff in § 325, I CPO. genommen ist. [7]) Das ist hier gerade so unabweislich, wie bei der Verleihung des Rechts auf die Leistung, welche nach dem Rechte des BGB. bei den Verträgen auf Leistung an Dritte erfolgt. In den civilen Orderpapieren haben wir, was die konstruktionelle Frage anlangt, das Analogon. [8])

Unterscheidet man in der hier geschehenen Weise zwischen dem Rechte des ersten Gläubigers und dem von diesem durch die Begebung zu konstituierenden Rechte des Nachmanns, und beachtet man, dass schon nach dem BGB. § 334 gegen den Nachmann nur die „aus dem

---

Aber die Begründung erfolgt nicht kraft des Rechts des Erwerbers, sondern kraft des Rechts des Begebenden.

6) Insbesondere hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit und der Verfügungsmacht des verfügenden Indossanten. Der Mangel der letzteren ist dem gutgläubigen Erwerber gegenüber irrelevant, soweit der Erwerb nach sachenrechtlichen Grundsätzen geschützt ist. Fehlte dem Indossanten die Geschäftsfähigkeit, so gibt auch das Wechselrecht seinem Nachmann keinen Schutz.

7) Neuestens betont RG. 43 S. 41 I. Sen. wieder, dass der Indossatar nicht „Rechtsnachfolger“ des Vormanns sei, sondern durch das Giro die Rechte aus dem Wechsel „unabhängig von der Person des Indossanten“ erwerbe. Letzteres ist zweifellos unrichtig, wenn damit etwa die in dem Begebungsvertrag zum Ausdruck gelangende abgeleitete Natur des Erwerbs geleugnet sein sollte. (Vgl. Note 6.) Richtig ist der Satz, wenn man in ihm einen sehr unvollkommenen Ausdruck des Gedankens findet, dass das Recht des Nachmanns nicht das des Vormanns ist. — Über die Ansicht mancher Prozessualisten, die das Indossament zwar als originären Erwerb, aber trotzdem als eine Rechtsnachfolge im Sinne des Prozessrechts betrachten, s. oben § 12 Note 2.

8) In Beziehung auf das Konnossament habe ich diese Ansicht in m. Vertr. auf L. an Dr. S. 502f. ausführlicher zu begründen versucht. Ein Unterschied in der Art des Rechtsgeschäfts, welches den abgeleiteten Erwerb herbeiführt, liegt dann vor, wenn die Bestimmung des auf die Leistung berechtigten Dritten durch einseitige Bestimmung (BGB. § 332) zu erfolgen hat. (Vgl. oben § 41 IV S. 283/4.) Ein abgeleiteter Erwerb ist aber auch dann gegeben.



Vertrage" entspringenden Einwendungen[9]) gegen den Dritten begründet sind, so ergibt sich, dass es unberechtigt ist, wenn man aus dieser Beschränkung der Einwendungen die Folge ableitet, dass eine Rechtsnachfolge überhaupt nicht vorliege. Richtig ist dies nur, wenn man damit verneinen will, dass das Recht des Indossanten auf den Nachmann übergeht. Ebensowenig ist es berechtigt, eine Rechtsnachfolge (im Sinne des abgeleiteten Erwerbs) deshalb zu bestreiten, weil der gute Glaube des Erwerbers und des Zahlenden in weitreichendem Masse geschützt ist.[10])

III. Von dieser Auffassung aus ergibt sich die Konsequenz, dass das gegenüber dem Indossanten ergangene Urteil[11]) prinzipiell auch Rechtskraft gegenüber dem Indossatar schaft.

1) Hat der Indossant die Echtheit der Wechselunterschrift oder der Unterschrift eines Vorindossanten, die Feststellung der Gültigkeit der Wechselverpflichtung oder die Verurteilung des Wechselschuldners rechtskräftig erstritten, so kommt dies dem Nachmann zu gute, wenn er sich auf die durch das Urteil unbestreitbar gemachte Rechtsposition des Indossanten stützt. Die Verurteilung gegenüber dem Vormann bejaht eine Forderung, welche von der des Nachmanns verschieden ist. In der Verurteilung des Vormanns liegt nur die rechtskräftige Bejahung einer Vorfrage; der Nachmann ist gegenüber dem verurteilten Aussteller nur dann berechtigt, wenn jene Vorfrage zu bejahen ist und die übrigen noch erforderlichen Thatumstände gegeben sind.[12])

---

9) Vgl. oben § 41, III, nam. bei Note 9 über die abstrakten Versprechen auf Leistung an Dritte.

10) Vgl. darüber im allgemeinen schon oben § 13.

11) Demgemäss auch die Wirkung der konkursmässigen Feststellung, KO. § 145, II.

12) Vgl. oben § 41, V, 2. Alfred Schultze, Vollstreckbarkeit S. 39f. nimmt an, dass der Indossatar aus der Verurteilung des Indossanten eine vollstreckbare Ausfertigung erlangen kann. Er billigt zwar die Ansicht, welche die Rechtsnachfolge des Indossatars verneint, soweit die dem Rechte des Indossanten etwa anhaftenden, ausserhalb des Papierinhalts liegenden Mängel in Betracht kommen, bejaht aber die Erstreckung der Vollstreckbarkeit, soweit der Indossant eine Verurteilung erlangt hat, da auch das Recht des Nachmanns „die für das Recht des Vormanns massgebend gewesene, im Urteil festgestellte thatsächliche Grundlage (nämlich den Inhalt des Papiers) hat". Aber das Urteil entscheidet doch nicht über Thatsachen, sondern über Rechtsverhältnisse! Nach heutigem Recht kann es nicht zweifelhaft sein, dass für § 727 derselbe Begriff der Rechtsnachfolge in Betracht kommt, wie für den in § 727 angezogenen § 325 CPO. Staub leugnet in § 46 zu Art. 82 schlechthin die Wirkung gegen den Indossatar, lehrt aber § 4 zu Art. 10, dass die seitens des Indossanten durch Klagerhebung oder Konkursfeststellung erlangten Vorteile — gemeint kann nur die Rechtskraftwirkung sein — auf den Indossatar, wie bei der Cession übergehen,



2) Prinzipiell wirkt auch die gegen den Indossanten erflossene Rechtskraft gegen den Indossatar. Ist dem ersteren das Recht, die Erfüllung der verbrieften Verpflichtung zu verlangen, abgesprochen, so ist damit verneint, dass er die Macht hatte, seinem Nachmann durch Begebung des Papiers die Berechtigung zu verschaffen. Die Berufung auf die Rechtskraft ist nach der hier vertretenen Ansicht (§ 2) keine civilrechtliche Einrede. Die Abweisung der Wechselklage tilgt die Wechselobligation weder objektiv, noch auch nur subjektiv,[13]) sondern macht nur (aber auch schlechthin) das unbestreitbar, dass dem Indossanten die für einen wirksamen Begebungsvertrag erforderliche Berechtigung fehlt. Die Berufung auf die Rechtskraft ist kein materiellrechtlicher Einwand und regelt sich deshalb nicht nach der Ordnung des materiellen Rechts. Vielmehr beurteilt sich die subjektive Begrenzung der Wirkung des Wechselurteils geradeso nach dem Prozessrecht, wie die Frage, ob dem Indossatar aus dem gegenüber dem Indossanten schwebenden Prozess eine Einrede[14]) entgegen gesetzt werden kann.

Unter Bezugnahme auf unsere früheren Ausführungen[15]) stellen wir deshalb den Satz auf: die Rechtskraft des Indossantenurteils steht dem Indossatar entgegen, soweit er seine Rechte aus dem **Rechte** des Indossanten ableitet.[16]) Diese Vorfrage beurteilt sich allerdings nicht nach dem Prozessrecht, sondern ist eine materiellrechtliche. Der § 325 CPO. nimmt, indem er auf die Rechtsnachfolgereigenschaft des Dritten abstellt, auf diese Verschriften Bezug und lässt die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, welche dem Dritten eine von der Berechtigung des verfügenden Autors unabhängige Rechtsstellung gewähren, unberührt. Zugleich aber ergibt sich aus

---

weil es sich hier nicht um Accessorien des Anspruchs, sondern um Qualifikationen (!) desselben handele. (Dort weitere Litteratur.) Aber die Rechtskraft ist doch kein „Recht, welches der Wechsel erzeugt" (so Staub § 4 zu Art. 10 i. A.). Auch ist es nicht ebenso, wie bei der Cession. — Hier sieht man deutlich, wie schwer man es sich macht, die praktisch gar nicht zu entbehrende Erstreckung der Rechtskraft zu begründen, wenn man die Rechtsnachfolgereigenschaft des Indossatars leugnet.

13) Anders Staub § 46 zu Art. 82 WO. („die exc. rei jud. ist kein Einwand in rem, er tilgt die Wechselobligation nicht objektiv").

14) Vgl. oben § 23, bes. III, 1.

15) Vgl. oben §§ 17, 18, bes. § 27/9.

16) Es heisst nicht etwa: soweit er sie aus der Verfügung des Indossanten ableitet. Die letztere ist immer nötig. Fehlt ein gültiges Indossament, so hat der Indossatar kein Recht erworben. Vgl. Note 6.



§ 325 II CPO., dass die Kenntnis des gegenüber dem Indossanten schwebenden oder beendigten Prozesses eine besondere Bedeutung für die Rechtskrafterstreckung hat.

a) Bezüglich der ersten materiellrechtlichen Frage ergibt sich folgendes. Gegen den Indossatar sind einerseits alle Einwendungen begründet, welche der Schuldner gegen die „Gültigkeit seiner Erklärung in der Urkunde" erhebt oder welche „sich aus dem Inhalte der Urkunde ergeben",[17]) anderseits diejenigen, welche dem Schuldner unmittelbar gegen den Kläger zustehen. Alle anderen Einwendungen des Schuldners sind prinzipiell unzulässig, obgleich die gegenüber dem Vormann vorliegenden Thatsachen diesen als den Nichtberechtigten erscheinen lassen oder seiner Berechtigung gegenüber eine Einrede (im Sinne des BGB.) begründeten.[18]) In der reichsrechtlichen Terminologie heisst dies: der Nachmann leitet den Erwerb der scripturmässigen Forderung von einem Nichtberechtigten ab. Genauer ausgedrückt bedeutet dies:[19]) a) Ist der Wechsel gültig, war aber der Vormann (als Dieb, Fälscher u. s. w.) nicht zur Verfügung berechtigt, so geht die Berechtigung des wahren Gläubigers (z. B. des bestohlenen Wechselgläubigers) durch die Verfügung des Nichtberechtigten zu Gunsten des gutgläubigen Nachmanns unter und dieser erwirbt das Gläubigerrecht gegen den Wechselschuldner und die Regresspflichtigen geradeso, als hätte der Berechtigte indossiert. b) War die Wechselverpflichtung nachträglich untergegangen (so z. B. durch Zahlung, Aufrechnung, Erlass), so entsteht trotzdem infolge der Verfügung des Nichtberechtigten die scripturmässige Ver-

---

17) HGB. § 364 II. Dieselbe Formulierung findet sich in BGB. § 784 I (Anweisungsaccept) und § 796 (Inhaberpapiere). Es kommen danach in Betracht alle Einwendungen, welche die Entstehung der scripturmässigen Verpflichtung betreffen, gemäss § 142 BGB. also auch der Einwand der (mit rückwirkender Kraft) vollzogenen Anfechtung. Nicht aber fallen unter die erste Kategorie die Einwendungen, welche das nachträgliche Erlöschen betreffen, so namentlich nicht die Zahlung, welche sicherlich „den objektiven Bestand der Obligation" betrifft, aber trotzdem gegen den gutgläubigen Indossatar nicht durchschlägt. Anders die Fassung, aber gleichbedeutend der Inhalt des Art. 82 WO. Oder sollte der Wechselgläubiger einen weitergehenden Schutz geniessen, als der aus einem Inhaberpapier Berechtigte (§ 796)? Der Art. 82 WO. spricht von Einreden, meint hiermit aber sicherlich alle Einwendungen. (In Anlass der Revision, die man den Reichsgesetzen mit Rücksicht auf den Sprachgebrauch des BGB. hat zu teil werden lassen, hätte man die Fassung ändern sollen.)

18) Vgl. Art. 36 WO., der nach § 365 HGB. für alle Indossamente gilt.

19) Vgl. zum folgenden die Begründung oben § 13.



pflichtung.[20]) c) War die Verpflichtung vorhanden, das Gläubigerrecht des Begebenden aber mit einer Einrede (im Sinne des BGB.) behaftet, so erwirbt der Indossatar ein einredefreies Recht.

Bezweckt nun jene singuläre Norm, wie die grosse Zahl der gleichartigen Vorschriften des modernen Rechts den Schutz des redlichen Verkehrs, so ergibt sich daraus mit Notwendigkeit die Einschränkung: der Ausschluss der aus der Person des Rechtsvorgängers entnommenen Einwendungen greift dann nicht Platz, wenn diese dem Indossatar beim Erwerb bekannt waren.[21]) Fernerhin wird von der herrschenden Meinung[22]) mit Recht angenommen, dass jene Einwendungen auch gegen den gutgläubigen Indossatar zulässig sind, wenn er lediglich deshalb zum Indossatar (Vollindossatar) gemacht wurde, um die Leistung für Rechnung des Indossanten einzuziehen.

Auch dieser letzte Satz findet im Zusammenhang des neuen Reichsrechts seine Analogie und die willkommene tiefere Begründung in dem, was generell bei der „Herleitung von Rechten vom Nichtberechtigten" gilt. Der unentgeltliche Erwerber ist gegenüber demjenigen, zu dessen Nachteil der Nichtberechtigte verfügt hat, verpflichtet, seinen Erwerb wieder rückgängig zu machen (BGB. § 816 I Satz 2). Hat die Verfügung des Nichtberechtigten die Wirkung, dass eine Verpflichtung zu einer Leistung entstand, so hat der nach formellem Recht Verpflichtete den Anspruch auf Befreiung, und dieser kann, wie immer, so auch hier einredeweise geltend gemacht werden.[23]) Eine Analogie zu dem uns hier

20) Auch der gewöhnliche bürgerliche Verkehr kennt eine verwandte Erscheinung, nämlich die Abtretung einer Forderung aus einer simulierten Urkunde (§ 405 BGB.). Die Abtretung bedeutet die Begründung der vorher nur anscheinend vorhandenen, in Wirklichkeit aber fehlenden Verpflichtung. Der Cessionar erhält die Forderung durch den verfügenden Nichtberechtigten, aber nicht dessen Recht geht auf ihn über.

21) Mit Recht ist schon von anderer Seite (vgl. Staub § 14 zu Art. 82 WO.) hervorgehoben, dass es keine Begründung ist, wenn man, wie üblich, die Statthaftigkeit der Einwendungen daraus ableitet, dass in der Zurückweisung der Einwendungen eine Arglist liege. Weshalb eine Widerrechtlichkeit in der Einforderung der Leistung liegt, ist hiermit nicht gesagt, wohl aber ist sie bei der Auffassung des Textes gegeben. — Das Kennenmüssen steht dem Kennen nicht gleich.

22) So neuestens mit Entschiedenheit RG. 43 S. 41 (I. Sen.).

23) Bereits in anderem Zusammenhang wurde darauf hingewiesen, dass der frühere Eigentümer, der sein Eigentum an einen vom Nichtberechtigten Beschenkten verloren hat, dessen Eigentumsanspruch die Einrede aus § 816 I, 2 BGB. entgegensetzen kann (vgl. oben § 29 I). Was vom Beschenkten gilt, gilt von jedem unentgeltlichen Erwerber, so namentlich auch von dem Dritten, der im Interesse des nichtberechtigten Verfügenden zum fiduciarischen Eigentümer gemacht wurde.



beschäftigenden Fall bietet die Abtretung der verbrieften Forderung an einen unentgeltlichen Erwerber, welcher die Nichtigkeit des Schuldverhältnisses (wegen der Simulation) nicht kannte.[24]) Es wird nicht bezweifelt werden, dass der Aussteller der simulierten Urkunde auch gegenüber dem beschenkten Cessionar zwar verpflichtet ist, dass er aber die Leistung auf Grund des § 816 I Satz 2 BGB. verweigern kann.

So kann auch hier der Schuldner wegen der gegenüber dem Indossanten begründeten Einwendungen die Leistung an den unentgeltlichen Erwerber des Orderpapiers verweigern.[25]) Ein solcher ist stets der Beauftragte, der ein Vollindossament erhielt (der sog. Inkassomandatar). Es ist aber offenbar gleichgültig, ob der fiduciarische Erwerber des Wechselrechts „Beauftragter" ist oder ob die Geschäftsbesorgung als Kommissionsgeschäft zu betrachten ist, weil der Indossatar Kommissionär im Sinne des § 343 HGB. ist oder weil die Einziehung von einem Kaufmann, der nicht Kommissionär ist (§ 406), geschieht.[26]) Jeder Vollindossatar ist Erwerber ohne Entgelt, wenn ihm das Recht lediglich zu dem Zweck anvertraut wurde, es für Rechnung des Fiducianten geltend zu machen.

b) Sind sonach die Ereignisse, die gegenüber dem Indossanten eingetreten sind, prinzipiell für die Rechtsstellung des Indossatars in materiellrechtlicher Beziehung ohne Bedeutung, so ergibt sich hieraus auch die prozessuale Konsequenz, dass die Rechtskraft solcher Urteile, welche die Verpflichtung des Schuldners verneinen, dem Nachmann prinzipiell nicht zu dem Zwecke entgegengehalten werden kann, um aus der Feststellung die Folge abzuleiten, dass der Indossatar nicht berechtigt sei.[27])

Sonach verliert die oben S. 293 aufgestellte Regel, welche aus der Natur des Indossamentserwerbs als eines abgeleiteten folgt, praktisch

---

24) BGB. § 405, vgl. oben Note 20.

25) Die bisherige Begründung des Satzes mit einer exceptio doli (generalis) ist keine Begründung.

26) RG. 43 S. 43 lässt die Frage, ob der Kommissionar dem Beauftragten gleichsteht, dahin gestellt, weil sie für den dort entschiedenen Fall nicht in Betracht kam.

27) Hat der Indossant Zahlung erhalten, Frist gewährt, einen Vergleich geschlossen u. s. w., so kann der Indossatar im allgemeinen das alles ruhig zugeben; bestand die Verpflichtung gegenüber dem Indossanten nicht, so ist sie durch das Indossament entstanden (vgl. oben bei Note 20). Sonach ist auch die Feststellung des Urteils, welche auf Grund derartiger Thatsachen gegenüber dem Indossanten ergangen ist, dem Indossatar gegenüber prinzipiell bedeutungslos. Vgl. oben § 27, 29.



im allgemeinen ihre Bedeutung. Wohl aber behält sie sie im vollen Umfang, wenn einer der betrachteten Ausnahmsfälle vorliegt. Beweist der Schuldner dem Indossatar, dass er in Kenntnis der bestehenden Einwendung erwarb oder dass er nur für Rechnung des Indossanten das Indossament erhielt, so steht ihm die Rechtskraft entgegen, aber nicht etwa deshalb, weil er arglistig handele,[28]) indem er die Rechtskraft nicht gegen sich gelten lassen will, sondern deshalb, weil er sich auf einen vom Indossanten hergeleiteten Erwerb stützt und weil jene Umstände die Folge haben, dass die in § 325 I CPO. vorgeschriebene Rechtskrafterstreckung ihre volle Wirkung entfaltet.[29])

Die gleiche Folge hat es gemäss § 325 II CPO., wenn der Indossant beim Erwerbe des Papiers die Existenz des Urteils kannte. Dies gilt hier geradeso unbedingt, wie gegenüber demjenigen, der mit jener Kenntnis die Auflassung oder die Abtretung einer Hypothek erhalten hat.

c) Hat der Erwerb während schwebenden Prozesses stattgefunden, so verliert der Indossant die Sachlegitimation und ist nach § 265 III regelmässig abzuweisen. Jedoch behält er das Recht und die Pflicht, den Prozess mit Wirkung gegen den Erwerber fortzuführen, α) wenn der Indossatar die Rechtshängigkeit kannte, β) wenn er unentgeltlicher Erwerber („Indossamandatar") ist, γ) wenn er den Mangel des Rechts seines Autors kannte.[30])

IV. Nicht nur in Beziehung auf Prozesse des Indossanten mit dem Schuldner kommt die Rechtskrafterstreckung in Betracht. Sie tritt ebenso ein, wenn zwischen zwei Rechtsprätendenten über die Berechtigung aus der Urkunde entschieden ist. Hat der Indossant gegenüber seinem Vormann, der die Gültigkeit oder Echtheit des Indossaments bestritt, gesiegt, so ist der Nachmann des Siegers durch die Rechtskraft gegen Angriffe des Besiegten gesichert. Dagegen schadet ihm die Rechtskrafterstreckung dann nicht, wenn er zwar vom Nichtberechtigten erworben hat, aber durch die Grundsätze über den Erwerb vom Nichtberechtigten gedeckt ist. Das ist nicht der Fall, wenn er unentgeltlicher Erwerber

---

28) Über den Versuch des RG., die Arglist als Grund für die Erstreckung der Rechtskraft zu benutzen, vgl. unten § 43 bei Note 16.

29) Vgl. die Begründung oben S. 185 f.

30) Die Begründung ergibt sich aus dem, was eben bezüglich der Rechtskraft ausgeführt wurde, in Verbindung mit § 265 CPO., vgl. oben § 21,4 u. bes. § 28, IV.



ist[31]) oder in Kenntnis der Nichtberechtigung des Indossanten oder der Rechtshängigkeit erworben hat.

§ 43.

β) Rechtskraft aus der Person des Indossatars.

I. Löst ein Indossant den Wechsel im Regressweg ein oder erhält er ihn ohne Regressleistung von dem Nachmann zurück,[1]) so liegt darin weder eine vertragsmässige, noch eine kraft Gesetzes sich vollziehende Rückübertragung des dem Regredienten zustehenden Anspruchs. Vielmehr wird dadurch nur das Hindernis beseitigt, welches der Ausübung seines ihm trotz der Indossierung verbliebenen Rechts entgegenstand: dieses wird, wie das Reichsgericht[2]) zutreffend sagt, „wieder lebendig“.[3]) Aber dass es wieder lebendig wurde, wird aus der Verfügung abgeleitet, welche der Regredient durch Einziehung der Regresssumme und durch Rückgabe des Wechsels vornimmt. Er überträgt hierdurch nicht seine Rechte. Die Rückgabe ist im allgemeinen[4]) ebensowenig Cession, wie die Indossierung. Aber ebenso wie bei dieser der Nachmann durch den Begebungsvertrag der Berechtigte wird, so erlangt hier der Vormann die Möglichkeit, die ihm verbliebenen Rechte auf Zahlung wieder auszuüben, nur durch einen Rechtsakt zurück, der die Geschäftsfähigkeit nnd die Verfügungsmacht des Regredienten voraussetzt. Ist dieser

31) Über die Bedeutung, die hier der § 816 I Satz 2 BGB. hat, vgl. ausführlicher oben § 29, II.

1) Beide Fälle stehen sich in den hier in Frage stehenden Beziehungen gleich. Im folgenden wird exemplikativ von der Einlösung gesprochen. Jeder Rückempfänger stellt seine Legitimation durch Ausstreichen des Indossaments wieder her. Diese Vorschrift des Art. 36 WO. gilt auch für andere Orderpapiere.

2) Entsch. 34 S. 52.

3) Ein Urteil, welches die von dem Einlösenden selbst vor der Weiterbegebung des Wechsels erhobene Klage zurückgewiesen hatte, steht ihm deshalb direkt entgegen, wenn er die Wechselforderung jetzt geltend macht.

4) Wie an jeden Dritten, so kann der Indossatar auch seinem Vormann seine Rechte abtreten. Aber die Einlösung bedeutet Abtretung nur dann, wenn diese vereinbart ist, oder wenn der Wechsel deswegen, weil er ausdrücklich nicht an Order gestellt ist oder weil er gemäss Art. 16 WO. die Indossabilität verloren hat, nur noch die Übertragung durch Cession zulässt. Der Vormann, der einen protestierten Wechsel noch indossiert und dann zurückerwirbt, veräussert durch Cession (Art. 16 II WO.) und kann deshalb nur ebenso zurückerwerben (vgl. oben § 42 Note 2). Zu gleichem Ergebnis gelangt Staub § 7 zu Art. 16 gegen RG. 34 Nr. 10 (dort weitere Litteratur).

Rechtsakt, aus welchem der Regredient seine gegenwärtige Rechtsstellung ableitet, nichtig, so kann die letztere prinzipiell nicht wieder hergestellt werden. Die Verfügungsmacht kann dem Regredienten unter anderem deshalb fehlen, weil er sich auf ein gefälschtes Indossament stützt oder weil er den in blanco indossierten Wechsel gestohlen hat; sie fehlt ihm auch dann, wenn er das Wechselrecht hatte, aber dadurch verlor, dass der Schuldner ihn durch Zahlung, Aufrechnung oder sonstwie befriedigte und dabei die Unvorsichtigkeit beging, sich den (protestierten) Wechsel nicht zurückgeben zu lassen. [5])

II. Hieraus folgt zunächst, dass das Urteil, welches die Berechtigung des Regredienten feststellt, [6]) dem einlösenden Vormann zu statten kommt. Aber es nützt dem Vormann nicht etwa dazu, um sein Recht auf die Leistung unbestreitbar zu machen, sondern nur insofern, als er sich für das Wiederwirksamwerden seiner Berechtigung auf den Regredienten zu stützen hat. Trotzdem, dass dieser unanfechtbarer Wechselgläubiger war, kann sehr wohl dem einlösenden Vormann die Berechtigung fehlen. Denn gegen ihn hat der Schuldner alle Einwendungen, die er aus dessen Person entnimmt. Hatte der Vormann an einen Gutgläubigen indossiert, obwohl er schon Zahlung erhalten hatte oder obwohl der Schuldner ihm gegenüber die Zahlung wegen einer Einrede hätte verweigern können, so nützt dem Vormann die von dem Nachmann verlangte Verurteilung des Schuldners nichts. Dieser [7]) kann des Nachmanns Berechtigung zwar

---

5) Die häufig gebrauchte Formulierung, in der Wiedereinlösung liege kein neuer Rechtserwerb, ist nur in beschränktem Sinne richtig. Er ist richtig, wenn man unter Rechtserwerb die translative Succession versteht, er ist unrichtig, wenn man der Einlösung jegliche Eigenschaft eines abgeleiteten Erwerbs absprechen will. Abzulehnen ist insbesondere die Auffassung, dass der Erwerb der Rechte, welche dem Nachmann durch das Indossament zugeflossen waren, als nicht eingetreten anzusehen sei (anders § 332 BGB.). Nicht einmal die Kategorie der auflösenden Bedingung darf verwendet werden (vgl. § 161 BGB.). Über die Litteratur und Judikatur vgl. Staub § 6 zu Art. 10, bes. ROHG. 24 Nr. 1.

6) Die Feststellung bezieht sich auch hier natürlich nur auf die Zeit der letzten Thatsachenverhandlung. Dass der Regredient nachher befriedigt ist, oder sonstwie sein Recht verlor oder eine Beschränkung erlitt, kann der Schuldner dem Vormann gegenüber an sich gerade so gut behaupten, wie gegenüber dem Nachmann. Aber wegen des Schutzes des guten Glaubens, den der Einlösende geniesst, kann die Relevanz jener nachträglich eingetretenen Thatsachen exzeptioneller Weise ausgeschlossen sein.

7) Für das Verhältnis des Regredienten zu dem Vormann macht das Urteil keine Rechtskraft. Dies entspricht der oben § 19, VI betrachteten Regel. Der Regressanspruch ist nicht nur ein anderer, als der gegenüber dem Schuldner abgeurteilte,

nicht bestreiten, aber dem Vormann fehlt in jenem Falle die Berechtigung, trotzdem der Regredient sie hatte.[8])

Bezüglich der Rechtskraft der gegen den Nachmann ergehenden Entscheidung ist prinzipiell ebenfalls zu behaupten, dass sie dem einlösenden Vormann entgegensteht. Jedoch erleidet diese Regel so weitgehende Ausnahmen, dass ihre Anwendung thatsächlich ebenso, wie bei der Erstreckung der Rechtskraft aus der Person des Indossanten, als die Ausnahme erscheint.

Dies ist die Folge davon, dass der Erwerb, welchen der Vormann macht, unter denselben singulären, aus Art. 36 WO. zu entnehmenden Grundsätzen steht, wie der Erwerb des Indossatars.[9])

1. Demgemäss schadet auch hier die Erstreckung der Rechtskraft dem Einlösenden nicht, es sei denn a) dass der Vormann bei der Einlösung des Wechsels die gegen den Regredienten bestehende und dessen Abweisung begründende Einwendung gekannt hat[10]) oder b) dass der Nachmann den Wechsel zum Inkasso erhalten hatte und seinem Fiducianten zurückgab.

Bezüglich der Gründe, welche dazu führen, dass es in beiden Fällen bei der Regel verbleibt, darf auf die früheren Ausführungen (S. 295) hingewiesen werden. Hinzuzufügen ist eine Beschränkung, welche der Satz unter a. erleidet. Sie resultiert aus dem Schutz, welchen der Zahlende gemäss Art. 36 Satz 4 geniesst. Er darf, aber er muss nicht die Echtheit der Indossamente prüfen. Ist sonach der Regredient Inhaber eines in blanco indossierten Wechsels, den er sich rechtswidrig angeeignet hat,

---

sondern hat auch eine Grundlage, welche von dem Verpflichtetsein des Schuldners völlig unabhängig ist.

8) Bezüglich der Frage nach der Vollstreckbarkeit darf auf § 41 Note 28 verwiesen werden.

9) Vgl. oben § 41 S. 294 f. Was dort vom Indossatar gesagt ist, gilt entsprechend von dem einlösenden Vormann.

10) Beispiel: 1) Der Indossatar D hat den Wechsel protestieren lassen, nachträglich aber befriedigte ihn der Acceptant durch Aufrechnung. Da D die aufgerechnete Gegenforderung nicht anerkannte, erhob er Klage, wurde aber — wegen der Aufrechnung — zurückgewiesen. Unter Verschweigung der Aufrechnung nahm er dann Regress gegen den Vormann C. Leistete dieser Regress, so steht ihm materiellrechtlich die Aufrechnung nicht entgegen. Er ist nach Art. 36 durch die auf ihn heruntergehende Reihe der Indossamente legitimiert, die scripturmässig versprochene Leistung nebst ihren gesetzlichen Accessionen zu fordern. 2) Kannte aber C die geschehene Aufrechnung und die Begründetheit der Gegenforderung und löste er trotzdem ein, so ist der Schuldner auch dem Vormann zu nichts verpflichtet.



oder ist er durch gefälschtes Indossament legitimiert, so erwirbt der Indossant durch die Verfügung dieses Nichtberechtigten seine Rechtsstellung zurück, auch wenn er den Mangel in der Person des Regredienten kannte. Demgemäss steht ihm gegenüber dem Schuldner auch die Rechtskraft nicht entgegen, wenn er von diesem Zahlung begehrt, obwohl die Zurückweisung des Regredienten erfolgt war.

Der unter b. aufgestellte Grundsatz entspricht dem, was oben S. 295/7 ausgeführt wurde. Der Indossant, welcher den Inkassomandatar zum Wechselgläubiger gemacht hatte, erwirbt seine frühere Rechtsstellung ohne Entgelt zurück und deshalb steht ihm die Rechtskraft aus dem Prozesse des Indossatars schlechthin entgegen.

c) Bei der Betrachtung der Rechtsstellung des Indossatars wurde früher (S. 297) der Satz begründet, dass ihm die Rechtskraft aus der Person des Indossanten schlechthin entgegensteht, wenn er in Kenntnis der Rechtshängigkeit oder der Rechtskraft erworben hat. Im allgemeinen gilt dies auch umgekehrt für den Rückerwerber des Orderpapiers. Aber dieser Satz muss eine Ausnahme erleiden, wenn der Rückerwerb kraft der wechselmässigen Regresspflicht erfolgt. Wie mit Rücksicht auf diese der § 55 II Nr. 3 Abs. 2 KO. eine Ausnahme begründet, so auch hier. Die Interessen des beklagten Schuldners werden dadurch nicht erheblich gefährdet. Er hat gemäss § 265 III CPO. das Recht, die Abweisung des regredierenden Klägers zu verlangen. Geschieht aber der Rückerwerb ohne Regresspflicht,[11]) so führt der Nachmann den Prozess mit Wirkung gegen den Vormann weiter und der Schuldner hat deshalb auch nicht das Recht, den Verlust der Aktivlegimation zu rügen.

2. Die Rechtskrafterstreckung wegen Mangels des guten Glaubens ist deshalb von keiner grossen Bedeutung, weil die Nachweisung des Bestehens der von dem Vormann gekannten Einwendungen als solche schon zur Abweisung des klagenden Vormanns führt. Von um so grösserer Bedeutung ist die Rechtskrafterstreckung, die deshalb stattfindet, weil der abgewiesene Indossatar lediglich deshalb zum Wechselgläubiger gemacht wurde, um die Leistung für den Indossanten einzuziehen. Es kommt in der Praxis häufig vor, dass der Vormann es dann selbst noch einmal versucht, die Wechselsumme einzuklagen.[12])

11) So also stets, wenn der Indossatar nur den Einzug zu besorgen hatte.

12) RG. 43 Nr. 7 (I. Sen.) behandelt die interessante Komplikation, dass der „Inkassomandatar“ (A) den Wechsel für Rechnung eines anderen (X) erwarb und dann



Mit Recht hat das Reichsgericht im Gegensatz zu dem Reichsoberhandelsgericht[13]) die Rechtskrafterstreckung auf den Vormann bejaht.

Die grundlegende Entscheidung,[14]) welche den formalistischen Standpunkt des ROHG. verliess, bezeichnet sehr zutreffend den Kläger, der zu Inkassozwecken ein Vollindossament erhalten hat, als denjenigen, der sein eigenes Recht geltend macht und Partei des Prozesses ist.[15]) Zu einer stichhaltigen wirklichen Begründung aber gelangt das Reichsgericht nicht.

Das Urteil leitet die Erstreckung der Rechtskraft daraus ab, dass der Fiduciant „arglistig" handele; ausserdem verwendet es die l. 63 D. 42. 1.

a) „Unredlich", „arglistig", „den Zwecken der Rechtsordnung zuwiderlaufend" nennt das Reichsgericht das Verhalten des Indossanten deshalb, weil er es bei der einmaligen Rechtsverfolgung nicht bewenden lassen wolle. Aber diese geschah doch durch einen Dritten! Die Wiederholung der Klage könnte man allenfalls dann arglistig[16]) nennen, wenn die Rechtskrafterstreckung hier anerkannten Rechtes wäre und der Indossant sich mit der sie statuierenden Rechtsvorschrift in Widerspruch setzen wollte. Aber da die Rechtskraftwirkung trotz Verschiedenheit der Prozessparteien ja gerade erst gerechtfertigt werden soll, so fällt die ganze Argumentation des hohen Gerichtshofs in sich zusammen: sie benutzt das thema probandum zur Begründung. Wie wenig es sich in Wahrheit um Unredlichkeit auf Seiten des Indossanten handelt, erhellt auf das Schlagendste

nach der Klagabweisung den Wechsel in blanco girierte. Der zweite Kläger (B) war wiederum Inkassomandatar des X. Mit Recht wird der Fall gerade so behandelt, als habe X selbst den Wechsel erworben und an A zum Inkasso giriert und dann nach Rückerwerb den B zur Klage veranlasst.

13) Entsch. 1 Nr. 79, 7 Nr. 19.

14) Entsch. Bd. 36 Nr. 14, I. Senat (= Jur. Wochenschr. 1896 S. 8). Vgl. ausserdem Bd. 43 Nr. 7 (I. Sen.). — Im Zusammenhang mit diesen Entscheidungen stehen Bd. 4 S. 100 und Bd. 11 S. 9/10, welche den Indossatar, der Mandatar ist, materiellrechtlich den Einwendungen aus der Person des Indossanten unterwerfen.

15) Mit Unrecht beruft sich deshalb Gaupp-Stein, Bem. VI, 1 zu § 325 bei Note 33 auf die citierten Entscheidungen. Er sagt an der einen Stelle (Vorbem. I b vor § 50 S. 129), dass der Indossatar, der für fremde Rechnung prozessiert, Partei sei; in der Rechtskraftslehre aber wird gelehrt, dass er Vertreter sei. Dann wird es als etwas selbstverständliches hingestellt, dass der Vertreter, der den Rechtsstreit „im eigenen Namen als Partei" führt, mit Wirksamkeit gegen den „Vertretenen" (den Indossanten) prozessiert. So einfach liegt die Sache nicht. Vgl. auch oben S. 40/1.

16) Es wäre immer nur die Arglist im Sinne des dolus generalis, der auch in materiellrechtlicher Beziehung so oft zur Verdeckung des Mangels wirklicher Begründung verwendet wird.



aus der späteren Entscheidung desselben Senats (Bd. 43 S. 42). Dort wird — sachlich völlig zutreffend — die Klage des Inkassomandanten wegen der gegen den Mandatar erflossenen Rechtskraft zurückgewiesen, obwohl der Fiduciar in dem ersten Urteil aus irrigen Gründen als nicht gehörig legitimiert angesehen war und die rechtmässigen Interessen des Mandanten durch die falsche Entscheidung ernstlich gefährdet wurden. Wenn hier von einer Unredlichkeit geredet werden könnte, so wäre sie auf Seiten des Schuldners, der die materiell unrichtige Entscheidung benutzte, um die Zurückweisung des wirklich berechtigten Geschäftsherrn herbeizuführen. Aber völlig zutreffend sagt das Gericht, dass die Rechtskraft des Urteils durch die Rechtsirrigkeit seiner Begründung nicht berührt werde und schneidet aus diesen formellen Gründen dem Inkassomandanten die Möglichkeit, sein vorhandenes Recht durchzusetzen, ab.

b) Auch die Bezugnahme auf die l. 63 D. 42. 1 kann als eine Begründung nicht angesehen werden. Denn diese Stelle handelt von solchen Fällen, in denen der Berechtigte den Nichtberechtigten prozessieren lässt. Hier aber prozessierte der durch das Vollindossament legitimierte Berechtigte und es handelt sich darum, zu rechtfertigen, weshalb die Rechtskraft sich auf einen Dritten erstreckt, der in keinem solchen Verhältnisse (auch nicht in einem analogen) steht, wie es die l. 63 D. 42. 1 voraussetzt.

Die ganzen Schwierigkeiten, mit denen das Reichsgericht zu kämpfen hat, um die von einem gesunden Rechtsgefühl gebotene Entscheidung zu begründen, kommen lediglich daher, dass es den in der Rückgabe des Wechsels liegenden abgeleiteten Erwerb nicht als Rechtsnachfolge gelten lassen will.[17]) Erkennt man diese an, so ergibt sich die sonst nicht zu rechtfertigende und deshalb auch von dem ROHG. konsequent geleugnete Erstreckung der Rechtskraft von selbst. Sie folgt aus dem jetzt in § 325 I CPO. formulierten Grundsatz in Verbindung mit dem

17) Auffallend ist die gelegentliche Bemerkung in Entsch. Bd. 43 S. 42,3: der Inkassomandatar „mache als solcher nur die Rechte des Mandanten aus den Wechseln geltend". Sollte dies mehr bedeuten, als dass der Mandant der wirtschaftlich allein Interessierte ist, so würde jener Satz nur sagen, dass die Rechte des vollindossierenden Gläubigers auf den Indossatar nicht übergehen. Das leugnet aber dasselbe Urteil mit Recht (S. 41). — Man beachte auch, dass in dem von dem RG. beurteilten Fall (oben Note 12) der Mandant gar nicht der Indossant war: der zurückgewiesene Kläger hatte ja die Wechsel für Rechnung des Mandanten direkt von dem Wechselgläubiger erworben.



Grundsatz, dass der besondere Schutz, den der Wechselerwerber im allgemeinen geniesst, dann cessiert, wenn er (als Indossatar) lediglich für Rechnung eines Dritten handelt (§ 42) oder wenn er als Inkassomandant den Wechsel zurückbekommen hat. Diese besonderen Umstände sind nicht der Grund, weshalb die Rechtskraft erstreckt wird, sondern der Grund dafür, dass die Rechtsnachfolge die ihr nach der Regel des § 325 I zukommende prozessuale Bedeutung behält.

Von dieser Auffassung aus erscheinen die Grundsätze der bisherigen Praxis überall wohl begründet und mit allgemeinen Grundsätzen harmonierend. Dies zu erkennen ist für die Zukunft um so bedeutungsvoller, als in der sich von der Praxis des ROHG. abkehrenden grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts die einzige Begründung nicht in der fadenscheinigen Arglist, sondern in der Bezugnahme auf l. 63 D. 42. 1 gefunden werden muss.[18]) Da man nun allgemein annimmt, dass dem heutigen Recht ein der l. 63 cit. entsprechender Grundsatz fehlt, so wäre, wenn man die wirklichen Gründe nicht erkennt, zu befürchten, dass das Reichsgericht seine bisherige Praxis wegen der dann fehlenden Möglichkeit der Begründung verlassen würde — ein Ergebnis, welches im höchsten Masse zu beklagen wäre.

§ 44.

c) Rechtskraft bei Forderungen aus Inhaberpapieren.

Auch bei den Inhaberpapieren haben wir die besondere Art des abgeleiteten Rechtserwerbs, für welche bisher schon mehrfache Erscheinungsformen nachgewiesen wurden.

I. Die Verpflichtung des Ausstellers beruht auf dem in dem Papier niedergelegten einseitigen Versprechen. Aber mit dieser Schaffung des Papiers ist erst das eine Stück des zur Entstehung einer Verpflichtung gehörigen Thatbestandes verwirklicht und deshalb noch niemand berechtigt, der Aussteller also noch nicht verpflichtet.[1]) Durch das BGB. ist es

18) Deshalb ist es auffallend, wenn man einerseits auf das bestimmteste leugnet, dass das neue Recht einen der l. 63 cit. entsprechenden Rechtssatz enthalte, anderseits jene Entscheidung zur Stützung der Ansicht auruft, dass nach neuem Recht die Rechtskrafterstreckung in jenen Fällen anzunehmen sei. Über die l. 63 cit. s. u. § 67.

1) BGB. § 794, besonders Abs. 2 zeigt, dass der Ausstellung bereits eine selbständige Bedeutung zukommt, ganz anders also, als bei der Niederschrift anderer



jetzt ausser allen Zweifel gestellt, dass keineswegs jeder Inhaber das Recht aus dem Papier erwirbt. Sieht man auf den materiellen Gehalt der Rechtssätze und lässt man die Beweisregeln bei Seite, so ergibt sich, dass die Berechtigung erst auf Grund eines Rechtsakts erworben wird, der sich als eine Verfügung über das Papier darstellt und dem Erwerbe des Inhaberpapiers die Natur des abgeleiteten Erwerbs verleiht.

Um die Leistung aus dem Papier „verlangen" zu können, muss man die Berechtigung zur Verfügung über die Urkunde erlangt haben (§ 793 I). Man erlangt sie erstmalig durch Begebung[2]) entweder seitens des Ausstellers oder seitens eines Nichtberechtigten, von dem der Erwerber gutgläubig seine Berechtigung herleitet[3]) und deshalb nicht empfängt, wenn der Begebungsvertrag nichtig war.[4]) Ebenso wird das Recht an der im Verkehr befindlichen Urkunde nur erworben entweder kraft der Verfügung des Berechtigten[5]) oder durch gutgläubigen Erwerb

Urkunden, welche — um einen strafrechtlichen terminus technicus zu gebrauchen — nur Vorbereitungshandlung ist. Beschreibt man die Wirkung der Ausstellung damit, dass der Aussteller zwar nicht verpflichtet, aber doch „gebunden" sei (vgl. z. B. Cosack II § 256, II, 3), so ist damit nichts gewonnen. Man ist dann zu fragen berechtigt: wem gegenüber? Die Antwort kann nur sein entweder: allen Menschen gegenüber, oder: keinem gegenüber. Erst durch die Begebung wird eine Bindung erzeugt. Die Wirkung, welche das Gesetz der Begebung durch den Nichtberechtigten beilegt, darf man nicht in den Vordergrund stellen. Sie ist eine Anomalie und darf zum Ausgangspunkt ebensowenig genommen werden, wie die Wirkung, welche die Ausstellung einer simulierten Urkunde nach § 405 BGB. durch Cession an einen Gutgläubigen erlangen kann (§ 42 Note 20). Die Cession erzeugt erst die Verpflichtung. Daraus, dass sie diese Wirkung hat, wird man aber doch nicht schliessen wollen, dass der Aussteller bereits vor der Abtretung gebunden war.

2) Sie ist — im Gegensatz zu der Kreation der Urkunde — kein einseitiger Rechtsakt, sondern besteht in einer Einigung von Geber und Nehmer. Über die bisher beliebte Ausdrucksweise, der Berechtigte erlange sein Recht „aus eigenem Recht", s. § 42 Note 5.

3) Wie die Verfügungsberechtigung nicht gerade auf dem Eigentum an der Urkunde zu beruhen braucht, so braucht auch die erstmalige Begebung nicht Eigentumsübertragung zu sein. Der Aussteller, der verpfändet, begründet jene Berechtigung ebenso, wie der Dieb oder der Finder, der die noch nicht emittierten Urkunden zu Pfand gibt. — Durch rechtmässigen Rückerwerb seitens des Ausstellers wird der Zustand wiederhergestellt, wie er vor der ersten Begebung war.

4) So z. B. infolge der Geschäftsunfähigkeit, des Mangels der Einigung (Übergabe zur Verwahrung — Empfangnahme zu Eigentum) u. s. w. Die „Nichtigkeit" wird im Sinne des BGB. gebraucht, umfasst also die Fälle nicht, in denen das Rechtsgeschäft nur wegen Mangels der Verfügungsmacht seine Wirkung zunächst nicht erzielen kann.

5) Über Okkupation einer derelinquierten Urkunde s. oben § 40, I.

vom Nichtberechtigten.[6]) Während die vertragsmässige Begründung einer Forderung und die Abtretung des begründeten Rechts juristisch sehr verschiedene Dinge sind, ist der rechtliche Vorgang bei der ersten und bei der zweiten und dritten Begebung für den Erwerber derselben Art: für den Erwerber wird durch die rechtmässige Erlangung der Urkunde, welche das einseitige Versprechen enthält, die Forderungsberechtigung begründet. Der Unterschied liegt darin, dass bei der Begebung durch den Gläubiger dessen bisher bestandenes Recht untergeht, während bei der erstmaligen rechtmässigen Begebung des Ausstellers von einem derartigen Untergang nicht die Rede sein kann.

Wird sonach bei dem Erwerb des im Verkehr befindlichen Papiers die Berechtigung aus einer Verfügung (des Berechtigten oder Nichtberechtigten) hergeleitet, so erwirbt der Nachfolger doch nicht die Forderung des Verfügenden, sondern es entsteht für ihn kraft jener Verfügung auf Grund des in der Urkunde enthaltenen Versprechens jedesmal eine neue Forderung.[7]) Der Unterschied gegenüber den Orderpapieren liegt einmal in der Art, wie der erste Gläubiger berechtigt wird, sodann in der Form, in welcher seine Rechtsnachfolger in Beziehung zu dem in der Urkunde enthaltenen Versprechen gesetzt und zum Gläubiger aus ihm gemacht werden,[8]) endlich darin, dass nicht der Indossant, wohl aber der das Inhaberpapier Übertragende aus dem Schuldverhältnis völlig ausscheidet.

II. Die Konsequenzen, welche sich von diesem Standpunkt aus für die Rechtskraftlehre ergeben, brauchen nur kurz angegeben zu werden.

1. Die Rechtskraft eines Prozesses, der über die Berechtigung zur Verfügung über die Urkunde geführt ist, kommt stets dem Rechtsnachfolger zu gute, ebenso schneidet das Urteil, welches dem Rechtsvorgänger gegenüber die Verpflichtung des Ausstellers bejahte, diesem die Möglichkeit ab, dem Rechtsnachfolger die Existenz seiner Forderung zu bestreiten, soweit diese von der früheren Berechtigung des Autors abhängt.[9])

---

6) BGB. §§ 932 5, 1032, 1207, HGB. § 366.

7) Hierin liegt der Unterschied von dem Fall, dass eine Sache veräussert wird, deren jedesmaligem Eigentümer gewisse Rechte zustehen. Diese dinglich radizierten Rechte teilen das Schicksal des Hauptrechts; sie gehen mit diesem über. Vgl. oben § 35 Note 3.

8) Dort Indossament, hier formlose Übergabe. Der formelle Unterschied fällt fort bei Begebung des in blanco indossierten Orderpapiers. Zum Ganzen vgl. S. 290 f.

9) Die Ausführungen von Schultze, Die Vollstreckbarkeit S. 41/2 (dem Erwerber



Zu praktischer Bedeutung werden diese Sätze nicht allzu häufig gelangen. Sie ist aber deshalb nicht zu verneinen.

Man denke nur an Prozesse, die über die Gültigkeit der Ausstellung oder über den Sinn der Verpflichtungserklärung [10]) geführt sind, oder an die besonderen, sich aus § 801/4 ergebenden Situationen.

Das Aufgebotsverfahren zwecks Kraftloserklärung der Urkunde ist kein Prozess gegen den Aussteller. Aber das Ausschlussurteil hat auch nicht nur die Wirkung, die ihm in seiner Eigenschaft als konstitutivem Rechtsakt gegenüber jedermann zukommt,[11]) sondern ausser der vernichtenden Wirkung kommt dem Urteil auch die positive Bedeutung zu, dass es gegenüber dem Aussteller und den präkludierten Dritten [12]) die Eigenschaft des Antragstellers als des bisherigen berechtigten Inhabers [13]) der Urkunde feststellt.[14]) Diese Wirkung behält das Ausschlussurteil bis zu seiner (rechtskräftigen) Aufhebung und — nach Analogie des § 407 BGB. — sogar darüber hinaus auf so lange, bis der Aussteller Kenntnis von der in der Person seines Gläubigers vorgegangenen Änderung Kenntnis erhalten hat. [15]) — Bis zur Ausstellung einer neuen Urkunde kann der Antragsteller nur durch Cession über seine Rechte

---

kommt die Vollstreckbarkeit zu gute, auch wenn das Papier rechtswidrig erworben ist) beruhen auf einer Auffassung über die Natur der Inhaberpapiere, die dem Reichsrecht jedenfalls fremd ist.

10) Österreichische Kouponprozesse!

11) Die Kraftloserklärung ist ebenso wie sonstige Nichtigkeitserklärung nicht die Feststellung, dass die Urkunde kraftlos ist, sondern das Urteil macht sie (ex nunc) kraftlos.

12) A. M. Seuffert, Anm. 1 zu § 850 CPO., Struckmann-Koch, Anm. 1 zu § 1018. Aber daraus, dass der Antragsteller das Recht gegen den Verpflichteten geltend machen kann, folgt, dass es andere nicht können. Unterstützend § 800 BGB. Das Recht, die Ausstellung einer neuen Urkunde verlangen zu können, ist die Konsequenz seiner Berechtigung gegenüber dem Aussteller.

13) Nicht auch, dass und welche Verpflichtungen aus der Urkunde entstanden sind.

14) Dies folgt schon aus § 800 BGB., der nicht auf den bisherigen Inhaber, sondern auf denjenigen abstellt, der das Ausschlussurteil erwirkt hat, und ist direkt gesagt in § 1018 I CPO. Die im Texte bezeichnete positive Wirkung ist keineswegs vom logischen Standpunkt notwendig mit der Vernichtung der Kraft des Papiers gegeben. So ist denn auch mit der Erbunwürdigkeitserklärung zwar der Erbschaftsanfall für den Beklagten rescindiert, aber keineswegs das Erbrecht des Klägers festgestellt. — Art. 73 Satz 2 WO. spricht nur von den Rechten gegenüber dem Acceptanten, meint aber auch die Rechte gegen die anderen Wechselverpflichteten. So mit Recht Dernburg, Pr. PrR. II § 283 Note 12, Staub, § 19 zu Art. 73 WO. gegen eine verbreitete entgegengesetzte Meinung (Litteratur bei Staub a. a. O.).

15) § 1018 II CPO.

verfügen. Bezüglich der Rechtskraft gelten dann die gewöhnlichen Grundsätze.

2. Die Rechtskraft der Urteile, welche die Klage des Inhabers gegen den Aussteller abweisen, erstreckt sich prinzipiell auch gegen seine Rechtsnachfolger.

Aber die Rechtskrafterstreckung kann wegen des weitgehenden Masses, in welchem der Erwerber gegen Mängel im Rechte des Vormanns geschützt ist, nur in seltenen Fällen zur praktischen Bedeutung gelangen.[16])

16) Im einzelnen darf auf die Ausführungen § 42 S. 293 f. verwiesen werden.

VII. Abschnitt.

Die Rechtsnachfolge in Verbindlichkeiten.

I. Infolge einer Vermögensübernahme.

§ 45.

a) Materiellrechtliche Grundlegung.

Die Frage, inwieweit eine Rechtsnachfolge in Verpflichtungen anerkannt ist, ist für die Rechtskraftslehre von besonderer Wichtigkeit. Denn der § 325 I CPO. statuiert die Erstreckung der Rechtskraft schlechthin, aber auch nur gegen die „Rechtsnachfolger".

I. Wohl nur in wenigen Punkten gibt es tiefgreifendere Unterschiede zwischen dem modernen Recht und dem römischen Recht, als bezüglich der Gründe, aus denen eine Schuldsuccession eintritt. Sie findet entweder kraft Gesetzes oder kraft Vereinbarung statt.[1]

Kraft Gesetzes vollzieht sich der Eintritt in die Schuldenhaftung, wenn ein Anderer Vermögensstücke erwirbt, auf welchen nach gesetzlicher Vorschrift ein Anspruch derart haftet, dass der Erwerber dem Gläubiger auf Erfüllung der Verbindlichkeit verpflichtet wird.

Dieses Prinzip liegt zunächst denjenigen Bestimmungen zu Grunde, nach denen der Erwerber einer Vermögenseinheit in die Schulden ihres Subjekts eintritt.[2]

Nach römischem Recht bildete die Succession in die Passiva ein

---

1) Auf den Schuldübernahmevertrag im Sinne der §§ 414f. BGB. braucht hier bezüglich der materiell-rechtlichen Seite der Sache nicht näher eingegangen zu werden.

2) Über den Eintritt in eine Schuldenhaftung infolge Erwerbs einzelner Vermögensstücke vgl. § 47f.



Charakteristikum der Universalsuccession.[3]) Allein heute ist dies keineswegs mehr der Fall.[4]) Vielmehr geht das Reichsrecht von folgender Auffassung aus.

„Vermögen“ bedeutet die Gesammtheit der einer Person zustehenden Vermögensrechte. Die Schulden sind nicht etwa Bestandteile des Vermögens,[5]) sondern sie bilden eine Belastung, welche auf dem Vermögen ruht.[6]) Deshalb trifft diese

1. jeden, der als Gesammtnachfolger[7]) an Stelle des bisherigen Subjekts das Gesammtvermögen oder ein Sondervermögen erwirbt oder in eine Vermögensgemeinschaft tritt.

Gerade in einer Reihe der hierher gehörigen Fälle lässt sich die hier vertretene Auffassung aus dem Wortlaut des Gesetzes direkt und schlagend nachweisen.

In § 1922 verordnet das BGB., dass mit dem Tode einer Person ihr Vermögen auf einen Erben übergeht.[8]) Dass hiermit nur die ihr

---

3) Sehr deutlich z. B. l. 39 D. 36, 1: Sed et successio (hereditatis restitutio est), cum obligetur.

4) Anders eine verbreitete Meinung, vgl. z. B. Crome, System I § 71 bei Note 20, Cosack, Lehrb. I. § 49 a. E.

5) Entgegengesetzt die herrschende Ansicht des gem. R., vgl. Windscheid I § 42 Note 3. Für das Reichsrecht wird sie vertreten von Leonhard, Allg. Teil § 47 I, 1 („Inbegriff von Privatrechten . . . nebst den Schulden, für die es haftet“), Crome, System I S. 171, 315 („Alles zusammen [das Aktiv = Passivvermögen] bildet ihr „Vermögen““), Planck, Erl. 2a zu § 1922 („sämmtliche Bestandteile des Vermögens, also sämmtliche Rechte und Verbindlichkeiten“). Unrichtig auch m. Vertr. S. 57. — In der II. Kommission (Prot. Bd. 5 S. 650) wurden beide Ansichten vertreten.

6) So bisher schon mit Entschiedenheit Birkmeyer, Das Vermögen, ebenso für das Reichsrecht Kipp bei Windscheid § 42 im Text nach Note 3 und Note 3 a. E. mit reichhaltigen Nachweisungen. Schon sprachlich kann man das, was uns belastet, unmöglich als Vermögen (= Macht) oder, wie das BGB. es in Beziehung auf gewisse Sondervermögen thut, als Gut (Vorbehaltsgut, Gesammtgut, eingebrachtes Gut) bezeichnen. Begreift man unter Vermögen eine Summe von Rechtsverhältnissen, so ist es sprachlich und juristisch unmöglich, die Schulden „abzurechnen“, „abzuziehen“. Das ist nur möglich, wenn man unter Vermögen eine Wertsumme im Sinne hat. Aber in diesem wirtschaftlichen Sinne wird der Ausdruck in den zahlreichen im Text zu besprechenden Rechtsvorschriften, welche die Schicksale eines Vermögens bestimmen, zweifellos nicht gebraucht.

7) Über die einzelnen Fälle vgl. oben § 30 II (Beerbung und Anfall des Vermögens einer juristischen Person), § 30 IV (Miterbenquote), § 30 III (Eintritt in eine Gesellschaft), § 31 (Gesammtgut und fortgesetzte Gütergemeinschaft), §§ 32/3 (Nacherbschaft), § 34 (Fideikommiss- und Lehensgut).

8) Dem korrespondiert die Norm des § 45 BGB., dass mit dem Wegfall der



zustehenden Vermögensrechte[9]) gemeint sind, geht daraus hervor, dass das Gesetz den Ausdruck „Vermögen" als gleichbedeutend mit Erbschaft

---

Rechtspersönlichkeit des Vereins dessen Vermögen bestimmten Personen „anfällt". Vgl. oben § 30 II, 2.

9) Das sind nur solche, welche Vermögenswert haben. Die Vermögenswertigkeit bestimmt sich nach dem Inhalt des Rechts (nicht nach den Zwecken, zu denen der Berechtigte es gebrauchen will) und ist dann gegeben, wenn es eine wirtschaftliche Macht verleiht, bei Forderungen also dann, wenn die Leistung eine Beziehung zu dem Vermögen hat. Ist die Vermögenswertigkeit der Leistung in diesem Sinne gegeben, so setzt ihre Erzwingung (durch Zwangsvollstreckung) nicht voraus, dass der Gläubiger sie in eine bestimmte Geldsumme abschätzt; dass sie aber abschätzbar sein muss, folgt einmal daraus, dass nach § 253 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur in Geld verlangt werden kann (bei der Beschränkung der Exekutionsmittel — vgl. CPO. § 887 I, 888 — kommt auch heute die Geldkondemnation gar nicht so selten als ultima ratio in Betracht) und namentlich aus den erbrechtlichen Bestimmungen. Vererblich sind nur die vermögensrechtlichen Beziehungen. Das folgt aus § 1922 und den Vorschriften über die beschränkte Haftung. Kipp (in Note 1 zu Windscheid § 42) meint, es sei kein grosser Schaden, wenn man Forderungen ohne Vermögenswert in Anbetracht ihrer ausserordentlichen Seltenheit für die Systematik ignoriere. Aber im Erbrecht kann man die Nichtvermögenswertigkeit nicht ignorieren. Nur die Vermögensrechte gehen auf den Erben über, und dass die Möglichkeit, eine jede übergehende Verpflichtung in Geld abzuschätzen, unbedingt erforderlich ist, hat Kipp in dem Zusatz Nr. 8 zu Windscheid II § 251 selbst für die Auflage anerkannt und treffend nachgewiesen. Im Gegensatz hierzu meint Strohal (Erbr. 2. Aufl. S. 8 Note 8), der Ausdruck „Vermögen" in § 1922 wolle nur sagen, dass es sich hier um Rechtsverhältnisse handele, deren Funktion eine vorwiegend vermögensrechtliche sei. Allein diese Interpretation ist m. E. nicht haltbar. Entweder muss man leugnen, dass Vermögen die geldwerten Güter bezeichnet (so in der That Leonhard, Allg. Teil § 47: Vermögen ist der Inbegriff der Privatrechte, die nicht Familienrechte sind; vgl. dagegen Regelsberger, Pand. 1 S. 201/2, Kipp bei Windscheid I § 42 Note 1), oder unser obiges, für die neuerdings herrschende Meinung sehr unbequeme Argument bleibt bestehen. — Strohal a. a. O. argumentiert ebenso wie Regelsberger a. a. O. mit der Vererblichkeit des Eigentums an Briefen (dagegen schon mit durchschlagenden Gründen Kipp a. a. O.) und damit, dass das Gesetz Ansprüche nicht vermögensrechtlichen Inhalts anerkennt. Das letztere habe ich in meinem Aufsatz „über die Grenzen der Vertragsmöglichkeit" (Archiv f. civ. Pr. 86 S. 226 f.) ausdrücklich anerkannt. Aber ich suchte dort nachzuweisen, dass der Schluss von dem, was das Gesetz anordnet, auf die Freiheit der Parteien keineswegs ein zwingender sei. Strohal beruft sich beispielsweise auf den in § 810 BGB. verliehenen Anspruch auf Vorlegung einer Urkunde. Natürlich besteht er auch, wenn das ihn erzeugende Interesse sich auf ein nicht-vermögensrechtliches Rechtsverhältnis bezieht. Der Erbe hat allerdings auch diesen Anspruch, aber nicht, weil ihn der Erblasser hatte, sondern nur dann, wenn er selbst das Interesse hat. Dieses kann er auch dadurch erlangen, dass das es bedingende Rechtsverhältnis auf ihn überging. Dafür, dass der Erbe des Vorlegungspflichtigen auf Vorlegung haftet, ist die Voraussetzung, dass er die Urkunde in Besitz hat. Besitzt er sie, so ist es gleichgültig, wie er den Besitz erhielt. Der Anspruch ist überhaupt keine aus Nachlassmitteln zu erfüllende Verbindlichkeit. — Welche Fälle Crome, System I § 31 Note 6 mit der Bemerkung, dass nicht nur Vermögensrechte, sondern



und Nachlass gebraucht und diese als Gegenstand von Veräusserungsgeschäften[10]) und als das Objekt bezeichnet, auf welches sich die Haftung des Erben und Erbschaftskäufers (§ 2383) beschränkt.

Nachdem das Gesetz in § 1922 den Übergang der Vermögensrechte angeordnet hat, statuiert es in Anwendung des oben bezeichneten Prinzips erst in § 1967 die Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten.[11])

Ebenso hat zweifellos der § 1438 nur die Vermögensrechte im Auge, wenn er anordnet, dass die einzelnen Gegenstände „gemeinschaftliches Vermögen (Gesammtgut)“ werden. Die unserem Prinzipe entsprechende Konsequenz bezüglich der Schuldenhaftung wird durch eine selbständige Bestimmung getroffen. Dies wird hier besonders deutlich dadurch, dass die Frau für die Schulden des Mannes nur mit dem Gesammtgut, der Mann aber, solange die Gütergemeinschaft dauert, für die Schulden der Frau auch persönlich haftet (§ 1459). Entsprechend regelt der § 1487 die Rechtsverhältnisse an dem Gesammtgut und die Haftung für die Gesammtgutsverbindlichkeiten ganz selbständig,[12]) ebenso wie dies in Ansehung des Nacherben in § 2139 bezüglich des Übergangs der Erbschaft, in §§ 2144/5 aber bezüglich der Haftung wegen der Nachlassverbindlichkeiten geschieht.

Bei allen Gesammtnachfolgen[13]) ist hiernach das primäre der sich uno actu vollziehende Erwerb der Gesammtheit der Vermögensrechte, soweit diese nicht infolge des Todes untergehen oder aus anderen Gründen von der Succession ausgeschlossen sind. Die sekundäre und in den einzelnen Fällen verschieden geordnete Folge dieses Erwerbs der

---

auch einige sonstige, rein persönliche bezw. Familienrechte sich vererben, im Auge hat, ist nicht ersichtlich.

10) Vgl. z. B. §§ 2032/3, 2371. Verkauft werden Rechte, nicht Schulden.

11) Planck, Erl. 2a zu § 1967 versichert uns, dass durch den § 1967 eine Entscheidung der, wie er meint, nur theoretischen Frage nicht habe getroffen werden sollen. Aber dieser Auffassung steht entgegen, dass der § 1967 in Verbindung mit den vorher citierten Paragraphen die Entscheidung in nicht misszuverstehender Weise gegeben hat. Dass einzelne Mitglieder der II. Kommission (vgl. oben Note 5 a. E.) geglaubt haben, die Entscheidung sei nicht getroffen, steht dem nicht entgegen.

12) Vgl. oben § 31 S. 214.

13) Auch bei dem Erwerb des Vermögens eines weggefallenen Vereins, obwohl es hier nur bezüglich des Fiskus als Quasierben (§ 46) ausdrücklich gesagt ist. In einem merkwürdigen Widerspruch bewegen sich alle diejenigen, welche die Schulden als einen Bestandteil des Vermögens betrachten und, obwohl das Vereinsvermögen auch den übrigen Quasierben „anfällt“, leugnen, dass sie für die Schulden haften.



Rechte ist der Eintritt in die auf dem Vermögenskomplex ruhenden Verbindlichkeiten: auch der Erbe ist deshalb Nachfolger in die Schulden, weil er Nachfolger in die Rechte ist.[14]) Wird der Erbe für erbunwürdig erklärt, so bedeutet dies die Anfechtung des „Erbschaftserwerbs" (§ 2340); aber wenn der Anfall der Rechte rescindiert ist, so hört damit auch die Schuldenhaftung wieder auf, welche durch jenen Anfall begründet wurde.[14a])

Der mehrfach betonte Unterschied des Eintritts in die Schuldenhaftung besteht einesteils darin, a) dass sie in den einen Fällen eine schlechthin unbeschränkte,[15]) in anderen eine schlechthin beschränkte,[16]) in anderen wieder eine beschränkbare[17]) ist, andernteils b) darin, dass die Schuldenhaftung in den einen Fällen mit einem Schuldnerwechsel verbunden ist, in anderen aber nur als eine accessorische[18]) neben die Haftung des Urschuldners tritt.

2. Neben dem Eintritt in die auf einem Vermögen haftenden Schulden auf Grund der Universalsuccession steht im Reichsrecht als ein besonderes Charakteristikum diejenige Passivsuccession, welche sich an die vertragsmässige „Übernahme" eines Vermögens anknüpft. Der Thatbestand, der den Eintritt in die Schuldenhaftung begründet, ist anders gestaltet, als derjenige, welcher die Succession in die Rechte begründet. Die Schuldenhaftung tritt mit einem Male[19]) als Folge des Abschlusses des obliga-

---

14) Nur dann, wenn man das praktische Gesammtresultat im Auge hat, kann man sagen, dass der Universalnachfolger in die Aktiva und die Passiva eintritt.

14a) Eine andere Frage ist, ob der Erbunwürdige nicht weiter haftet, weil er die Verwaltung des Nachlasses geführt hat, ohne die geforderte Inventarerrichtung rechtzeitig vorzunehmen. Vgl. dazu auch § 2145.

15) So § 1459 II bezüglich des Ehemanns, solange die Gütergemeinschaft nicht beendigt ist, ferner § 130 HGB. bezüglich des Gesellschafters, der in eine offene Handelsgesellschaft eintritt (vgl. oben § 30, III, 2).

16) So § 1489 III bezüglich der Kinder bei fortgesetzter Gütergemeinschaft (oben § 31 Note 16). Über die Natur der Klage „auf Duldung der Zwangsvollstreckung" vgl. nachher unter 3.

17) Dies ist auch bei der Universalsuccession die Regel, vgl. BGB. § 1975, §§ 45/6, CPO. § 743 (bezüglich der Ehefrau; das BGB. selbst spricht den Satz, als dessen prozessuale Konsequenz § 743 erscheint, nicht ausdrücklich aus), BGB. § 1489 Abs. 1 verbunden mit Abs. 2.

18) So §§ 1459, 2145.

19) Ob man berechtigt ist, die Nachfolge des Übernehmers in die Verbindlichkeiten als Singularsuccession zu bezeichnen (so Denkschrift zur Novelle der CPO. § 665 b), kann füglich bezweifelt werden. Sie geschieht uno actu und gerade in diesem



torischen Veräusserungsvertrags (§ 419) ein;[20]) der Erwerb der Rechte aber kann sich nur nach den Grundsätzen der Singularsuccession vollziehen.

Der Vermögensübernehmer tritt in die Haftung des Urschuldners ein; für ihn bildet die causa debendi des Urschuldners ebenso den Grund seiner Verpflichtung, wie für den Erben die causa debendi, aus der der Erblasser haftete. Die Vermögensübernahme (mag sie auf Gesetz oder auf Vertrag beruhen) ist nicht der Grund, weshalb er aus der einzelnen Forderung in Anspruch genommen werden kann, sondern der Grund, der ihn in die Haftung aus dieser Forderung eintreten lässt; sie bildet nicht den Schuldgrund, sondern die Passivlegitimation für die Haftung aus Darlehn, Kauf u. s. w. Es ist derselbe Unterschied, wie zwischen der (einer Form bedürfenden) Bürgschaft und der (formlosen) vertragsmässigen accessorischen Schuldübernahme. Für den Bürgen bildet das Bürgschaftsversprechen die causa debendi und das Bestehen der Hauptschuld ist die Bedingung, von welcher die Entstehung der Bürgschaftsverpflichtung abhängig ist. Der Schuldübernehmer aber haftet aus der Urschuld, und der Schuldübernahmevertrag[20a]) ist der Grund, aus dem er in jene Schuld als Schuldner eintritt. Bei jeder Schuldsuccession entsteht nicht eine neue Verpflichtung, sondern die alte Verpflichtung gilt als fortbestehend; ist die Succession eine accessorische, so vervielfältigt sich die Schuld.[20b])

Dieser Grundsatz des § 419 BGB. muss analoge Anwendung finden, wenn ein ganzes Vermögen[21]) einer erst zu genehmigenden Stiftung

---

Gegensatze zu dem Erwerb der Rechte tritt die völlige Selbständigkeit des die Schuldsuccession begründenden Umstandes höchst charakteristisch hervor.

20) Er gibt dem Übernehmer die Ansprüche gegen den Veräusserer und diese können dadurch zum Gegenstand der Zwangsvollstreckung gemacht werden. Deshalb hat auch schon in diesem Stadium die Haftbarkeit des Übernehmers trotz seiner beschränkten Haftung einen praktischen Wert.

20a) Wohl zu unterscheiden von dem Versprechen, welches der Übernehmer dem Urschuldner erteilt. Man mag über seine Bedeutung denken, wie man will: das eine steht absolut fest, dass dieses Versprechen noch keine Schuldsuccession begründet. Es erzeugt, wie § 415 III BGB. ausser Zweifel stellt, die Verpflichtung zur Befriedigung des Gläubigers; diese ist eine neue Verpflichtung und besteht nur gegenüber dem Urschuldner.

20b) Darüber, dass dies auch bei Succession in Rechte möglich ist, vgl. oben § 35 bei Note 22.

21) Bei Zuwendung einzelner Vermögensstücke besteht nur die Möglichkeit der Gläubigeranfechtung (wegen Unentgeltlichkeit der Verfügung).



durch Verfügung unter Lebenden zugesichert wird.[22]) Von einem Vertrag zwischen Stifter und Stiftung kann natürlich nicht die Rede sein;[23]) vielmehr entsteht die Verpflichtung durch die Zusicherung in dem einseitigen Stiftungsgeschäft. Hiernach sind die Voraussetzungen für die Analogie gegeben. Die beiden Thatbestände sind wesensgleich: es besteht die Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Vermögens, das eine Mal auf Grund eines Vertrags, das andere Mal auf Grund eines einseitigen Versprechens.

Auf die Veräusserung von Sondervermögen wendet das Gesetz selbst das Prinzip des § 419 BGB. an, wenn es sich um die Veräusserung einer Erbschaft handelt (§ 2382/3). Auf andere Fälle ist der Grundsatz entsprechend anzuwenden,[24]) so namentlich dann, wenn in einen nicht rechtsfähigen Verein ein neues Mitglied aufgenommen wird. Ebenso gilt er bei der kaufmännischen Geschäftsübernahme.[25])

3. Schuldsuccessor wird endlich auch, wer den Niessbrauch an einem ganzen Vermögen oder an einer Erbschaft bestellt erhält, ebenso auch der Ehemann, der an dem eingebrachten Gut das Recht der Nutzniessung und Verwaltung erlangt. Eine Schuldenhaftung statuiert das Gesetz, wenn es bestimmt, dass die Gläubiger des Bestellers bezw. der Ehefrau aus dem Vermögen, welches der Berechtigung der genannten Personen unterliegt, ohne Rücksicht auf diese Berechtigung „Befriedigung verlangen können".[25a]) Denn dass hiermit den Gläubigern etwa ein die Gegenstände dinglich ergreifendes Recht gegeben sein sollte, ist selbstverständlich nicht der Sinn jener Bestimmungen. Sonach ist zu fragen: von wem kann der Gläubiger die Befriedigung verlangen? Und hierauf

---

22) Etwa unter Vorbehaltung einer lebenslänglichen Leibrente.

23) Noch weniger von einer Gesammtnachfolge, obwohl alle in § 82 Satz 2 BGB. bezeichneten Rechte mit einem Male auf die Stiftung übergehen. Ebenso § 25 I Satz 2 HGB. (vgl. Verträge S. 400 Note 839, a. M. Staub, Anm. 15 zu § 25). Vgl. oben § 30 S. 206.

24) Zustimmend Dernburg, BR. II § 158, III.

25) HGB. § 25 (gewöhnlicher Fall) und § 28 (Eintritt in das Geschäft als Teilhaber). Dass der Übernehmer des Geschäfts mit dem übernommenen Vermögen schlechthin haftet, ist ein allgemeiner civilistischer Grundsatz, das Besondere ist die von gewissen Voraussetzungen abhängige Statuierung einer persönlichen Haftung (vgl. m. Vertr. § 61). Lediglich das Unbeschränkbarwerden der Haftung des Erben eines Kaufmanns betrifft der § 27 HGB. (vgl. m. Vertr. S. 404/8). Über den Eintritt in die offene Handelsgesellschaft s. oben Note 15.

25a) BGB. §§ 1086, 1089, 1411.

kann die Antwort nur sein: von dem Niessbraucher bezw. von dem Ehemann. Damit ist ihre Schuldnereigenschaft anerkannt. Kann der Gläubiger von ihnen Befriedigung verlangen, so müssen sie sie gewähren; sie haften dann, wenn, und deshalb, weil der Besteller bezw. die Ehefrau Schuldner sind; sie treten neben diese Personen in die Haftung ein. Die sonach gegebene Gesammtschuldnerschaft ist die gewöhnliche in den Fällen der §§ 1088 und 1388 BGB., im übrigen ist sie dadurch ausgezeichnet, dass der Niessbraucher und Ehemann nicht „persönlich“ haften. Das heisst: ihre Haftung ist eine beschränkte, sie haften mit den übernommenen Vermögensstücken, soweit sie an diesen berechtigt sind.

Dieser materiellrechtlichen Gestaltung entspricht die Art der Geltendmachung der Forderung. Soll Verzug herbeigeführt, soll gekündigt oder ein sonstiges einseitiges Rechtsgeschäft vorgenommen werden, so wirkt dieses bei der gewöhnlichen Gesammtschuldnerschaft nur, aber auch schlechthin gegenüber demjenigen Schuldner, an den die Erklärung gerichtet ist,[26] gegenüber dem Ehemann und Niessbraucher aber nur dann, wenn das Geschäft gegenüber beiden Schuldnern vorgenommen ist.[27] Entsprechend ist auch die prozessuale Rechtsverfolgung zu bewirken. Sie hat gegen beide Schuldner zu geschehen. Jeder von ihnen ist zwar selbständig belangbar, aber da die Vollstreckung in den Rechtskreis der beiden Beteiligten eingreift, so ist ein gegen beide gerichteter Vollstreckungstitel erforderlich.[28] Dass der Niessbraucher und der Ehemann überhaupt „verurteilt“ werden können, ist hier wie überall durch das Bestehen einer civilrechtlichen Forderung bedingt. Das Besondere bei dieser Verurteilung ist die Konsequenz der oben charakterisierten eigenartigen Beschränktheit der Haftung des Niessbrauchers und Ehemanns. Die Verurteilung zur Duldung der Vollstreckung in

26) § 425 II BGB.

27) § 1403 BGB., der analog auf den Niessbraucher anzuwenden ist.

28) Während der Testamentsvollstrecker, der die Verwaltung des Nachlasses hat, im allgemeinen auch prozessual den Nachlass mit Wirkung gegenüber dem Erben vertritt (so dass das Urteil Rechtskraft auch gegenüber dem Erben macht), fehlt seiner Prozessführung diese Wirkung wegen des Grundes des Anspruchs im Falle des § 2213 I Satz 3 (Pflichtteilsanspruch) und wegen der Beschränktheit seines Verwaltungsrechts im Falle CPO. § 748 II, schlechthin aber, wenn ihm die Verwaltung überhaupt fehlt (CPO. § 327). In den ersten beiden Fällen ist deshalb ebenfalls ein Doppeltitel erforderlich, CPO. § 748 II, III.

bestimmte Gegenstände ist der dem Civilrecht entsprechende Befehl, aus diesen Gegenständen Befriedigung zu gewähren.[29])

§ 46.

b) Die Rechtskraft gegenüber den Rechtsnachfolgern in Verbindlichkeiten.

I. Ehe wir die Frage nach der Rechtskrafterstreckung mit Rücksicht auf die bisher betrachteten Fälle erörtern, sind einige Bemerkungen vorauszuschicken, die den Zweck haben, den Kreis der in Betracht kommenden Fälle noch genauer abzugrenzen.

1. Keine Rechtskrafterstreckung kommt in Frage gegenüber dem Bürgen, wenn der Gläubiger die Verurteilung des Hauptschuldners erstritten und die Verbürgung nach dem Prozessbeginn stattgefunden hat.[1]) Denn der Bürge ist nicht Nachfolger in der Verpflichtung des Hauptschuldners.[2]) Eine andere Frage ist, ob nicht der Gläubiger sich aus anderem Grunde auf das Urteil berufen kann. Das ist dann zu bejahen, wenn der Sinn des Vertrags dahin ging, dass der Bürge zahlen solle, wozu der Hauptschuldner verurteilt war oder wozu er verurteilt werden möge. So kann nur interpretiert werden, wenn die Verbürgung mit Rücksicht auf den geführten oder schwebenden Prozess geschah.

29) Die Verurteilung zur Leistung und zur Duldung (CPO. §§ 737, 739, 743, 748 II) unterscheiden sich also hier nicht durch die Art des Leistungsbefehls (Handlung — Unterlassung), sondern durch den Umfang der Haftungsobjekte, aus denen die Befriedigung gewährt werden soll. Die Verurteilung „zur Duldung" wird hier nicht etwa nach Massgabe des § 890 CPO. vollstreckt, sondern genau ebenso, wie die Verurteilung „zur Leistung". Ich habe dies in Anspr. u. Klagr. S. 318—325 näher nachzuweisen versucht. Hier darf noch auf folgendes hingewiesen werden. Wird der Testamentsvollstrecker allein belangt, so wird er (korrekter: der Nachlass) sicherlich „zur Leistung" verurteilt und dieser Titel unterwirft den ganzen Nachlass der Vollstreckung. Hat er nur die Verwaltung bezüglich einzelner Gegenstände, so wird er zur „Duldung" der Zwangsvollstreckung verurteilt (CPO. § 748 II) und dieser Titel wirkt nur bezüglich dieser einzelnen Gegenstände. — Hat der Testamentsvollstrecker den ganzen Nachlass in Verwaltung, so genügt seine Verurteilung (CPO. § 748 I); wird er aber neben oder nach dem Erben belangt, so spricht das Gesetz von der Verurteilung zur Duldung (§ 2213 II). Offenbar hat aber hier die Verurteilung in beiden Fällen dieselbe Bedeutung. Sie eröffnet den Vollstreckungszugriff in den ganzen Nachlass.

1) Geschah sie früher, so kann die Frage überhaupt nicht aufgeworfen werden.

2) Vgl. § 45 bei Note 20a.



Hatte der Gläubiger die Prozessführung geheim gehalten, so nützt ihm die Verurteilung des Hauptschuldners nichts.

Um Rechtskrafterstreckung handelt es sich nicht. Eine solche findet kraft vertragsmässiger Unterwerfung überhaupt nicht statt. Die Wirkung des Urteils beruht lediglich auf dem Vertrag. Während gegenüber der erstreckten Rechtskraft ebensowenig, wie gegenüber der regulären, der Einwand der Kollusion möglich ist, ist er hier gestattet. Denn auch ein solcher Bürgschaftsvertrag ist nach Treu und Glauben auszulegen und es ist anzunehmen, dass er nur die redliche Prozessführung im Auge hat.

Dasselbe gilt, wenn ein Unfallversicherungsvertrag mit der Klausel geschlossen ist, dass der Schaden in derjenigen Höhe zu ersetzen sei, in welcher eine rechtskräftige Verurteilung ergangen sein werde. Gegen dolose Prozessführung des Versicherten ist der Versicherer geschützt, mag er sich dem Versicherten als Nebenintervenient angeschlossen haben oder nicht.

2. Hat der Kläger die Feststellung einer Forderung erstritten, so hat er daraus keinen Nutzen gegenüber dem Dritten, der dem Schuldner versprochen hat, „den Gläubiger zu befriedigen". Diese Erfüllungsübernahme (§ 415 III) verpflichtet den Dritten nur gegenüber dem Versprechensempfänger; er hat ihn von seiner Verbindlichkeit zu befreien; solche Erfüllungsübernahme erzeugt keinenfalls eine Schuldsuccession und gibt dem Gläubiger überhaupt keine Rechte gegen den Übernehmer.[3])

Eine andere Frage ist, ob der Schuldner sich gegenüber dem Übernehmer auf die Feststellung berufen kann, wenn der Übernehmer behauptet, er sei zu nichts verpflichtet, da der Schuldner mit Unrecht verurteilt sei. Auch dies ist eine Interpretationsfrage. Zweifellos kann der Schuldner die Befreiung verlangen, wenn das Versprechen im Hinblick auf das bereits ergangene Urteil erfolgte. Wurde es mit Rücksicht auf den in Aussicht stehenden oder schwebenden Prozess gegeben, so ist dessen Ausgang ebenfalls massgebend, jedoch vorbehaltlich des

3) Vgl. m. Verträge S. 189—193, 199 und oben § 45 Note 20a. — Ganz ohne Rücksicht auf die zwischen Schuldner und Übernehmer getroffene Vereinbarung kann kraft Gesetzes eine Schuldsuccession eintreten (so z. B. bei der Geschäftsübernahme oder bei dem Erbschaftskauf). Dann kommen die unter II f. zu erörternden Grundsätze zur Anwendung.



Einwands der Kollusion. Dagegen kann der Schuldner das Urteil höchstens als Beweismittel benutzen, wenn das Versprechen unter solchen Umständen gegeben wurde, welche die Annahme ausschliessen, dass die Kontrahenten einem zwischen Schuldner und Gläubiger ergehenden Urteil Bedeutung beilegen wollten.

3. Endlich kommt eine Rechtskraftausdehnung nicht in Frage bei den Verträgen auf Leistung an den Drittgläubiger.[4]) Sie liegen dann vor, wenn der Versprechende seinem Gläubiger zusagt, die diesem geschuldete Leistung einem Dritten zu machen, von welchem die Kontrahenten voraussetzen, dass er der Gläubiger des Versprechensempfängers ist, und welcher durch die Leistung wegen seiner gegen den Stipulanten gerichteten Forderung befriedigt werden soll. Eine solche Vereinbarung begründet keine Schuldsuccession. Es liegt lediglich ein Vertrag auf Leistung an Dritte vor und wenn der Drittgläubiger auf die Leistung berechtigt wird,[5]) so hat er sie nicht aus dem Grunde zu fordern, aus dem ihm der Schuldner haftet, sondern aus dem zwischen dem Versprechensempfänger und dessen Schuldner geschlossenen Vertrag und aus der diesem zu Grunde liegenden causa (§ 335 BGB.).

II. Wir gelangen nunmehr zu der Frage, ob in den in § 45 betrachteten Fällen des kraft Gesetzes erfolgenden Eintritts in eine bis dahin fremde Schuld und bei der vertragsmässigen (privativen oder kumulativen) Schuldübernahme der Eintretende als „Rechtsnachfolger" zu betrachten ist und ob demgemäss die Rechtskraft des gegen den Urschuldner ergehenden Urteils sich auf den Eintretenden erstreckt, falls der Eintritt nach dem Beginn des Prozesses gegen den Urschuldner sich vollzieht.[5a])

---

4) Diesen Namen habe ich zur Bezeichnung dieser von der Erfüllungsübernahme wohl zu unterscheidenden Kategorie in m. Vertr. S. 193 f., 200/1 vorgeschlagen. Zustimmend Kipp bei Windscheid, II S. 376.

5) § 329 BGB. bezieht sich nicht auf diese Fälle, sondern spricht nur von der Erfüllungsübernahme (Verträge S. 195 f.).

5a) Mendelssohn-Bartholdy S. 455 bezeichnet es für die Frage nach der Rechtskrafterstreckung als belanglos, ob man den Schuldübernehmer als Rechtsnachfolger des Urschuldners ansehe oder nicht. Er bejaht die Rechtskrafterstreckung, wenn „zwischen dem Gläubiger und dem Erstschuldner eine rechtskräftige Entscheidung über den Bestand, den status der Schuld ergangen ist und der Gläubiger oder Übernehmer im späteren Prozess diesen status anführen will" (S. 456). Unsere bisherigen und die folgenden Ausführungen über die Schuldsuccession müssen zeigen, ob es richtiger ist, die Rechtskrafterstreckung in exakter Weise auf Grund der vom Gesetz aufgestellten Prinzipien (CPO. § 325 I) nachzuweisen oder sie auf Grund des allgemeinen, von



Bezüglich des Erben hat dies noch niemand bezweifelt, ebensowenig ist es zu bezweifeln bezüglich desjenigen, der in eine streitige Verpflichtung eintritt, die auf einem Grundstück ruhen soll, und ebenso nicht bezüglich derjenigen, welche in eine Verpflichtung eintreten, die den Besitzer als solchen trifft.[6]) Dagegen wird es für die anderen Fälle, welche gerade in der Mitte zwischen den bezeichneten Kategorien liegen, entschieden geleugnet.

III. Kein Grund für diese Negation ist

1. der Wortsinn.[7]) Denn Rechtsnachfolger bedeutet ebenso, wie successor, den rechtlichen Nachfolger, den Nachfolger in irgend ein Rechtsverhältnis. Vom Standpunkt der entgegengesetzten Meinung aus würde es bezüglich der Schuldsuccessoren überhaupt an einer Rechtskraftsbestimmung fehlen. Denn der § 325 CPO. spricht nur von „den Rechtsnachfolgern". Dass hiermit aber auch die Schuldsuccessoren gemeint sein sollen, ergibt sich auf das unzweideutigste aus dem Gesetz selbst. Spricht doch der § 727 CPO. von „den Rechtsnachfolgern des Schuldners, gegen welche das Urteil nach § 325 wirksam ist". Hiermit ist selbstverständlich nicht ein Rechtsnachfolger in Rechte des Schuldners, sondern in die Verpflichtungen des Schuldners gemeint. Und selbst wenn man darunter denjenigen Schuldsuccessor begreifen wollte, der wegen seiner Nachfolge in Rechte des Schuldners in dessen Verpflichtungen eintritt, so würden aus dem Kreise der für den § 325 CPO. in Betracht kommenden Personen doch nur die

---

Mendelssohn postulierten (nicht bewiesenen und nicht beweisbaren) Prinzips (vgl. S. 509) zu behaupten.

6) Die beiden zuletzt bezeichneten Fälle sind später (§ 47 f.) eingehender zu besprechen. Hier darf sogleich darauf hingewiesen werden, dass die Rechtskrafterstreckung keineswegs etwa unter Verneinung der Rechtsnachfolge aus der Streitbefangenheit der Sache abgeleitet werden kann.

7) So Gaupp-Stein bei Note 18 zu § 325 und Fischer, Jahrb. f. Dogm. 40 S. 174 („Die Sondernachfolge in die Schuld ist keine Rechtsnachfolge"). Stein hat a. a. O. seine in der Zeitschr. f. Civilpr. 24 S. 225 f. vertretene durchaus richtige Auffassung als unrichtig zurückgenommen. Aber in dem Kommentar selbst bezeichnet er an anderer Stelle (Bem. III, 1 zu § 445) den Urschuldner wieder ganz zutreffend als den Rechtsvorgänger des Schuldübernehmers. Dann ist letzterer auch der Rechtsnachfolger von jenem. Denn beides sind korrelate Begriffe. Auch bei Note 15 zu § 325 geht Stein davon aus, dass der Nachfolger in Verpflichtungen Rechtsnachfolger sei. Denn bei der Frage, ob die Entscheidungen wegen Nebenforderungen und Kosten gegenüber dem Nachfolger wirksam seien, stellt er darauf ab, ob die Rechtsnachfolge sich auf sie miterstreckt.



reinen Schuldübernehmer der §§ 414/5 BGB. ausscheiden. Aber auch eine derartige Einschränkung der Bedeutung der Rechtsnachfolger ist völlig unmotiviert. Das Gesetz unterscheidet nicht und es ist unzulässig, in dasselbe eine derartige Unterscheidung hineinzutragen.

2. Unrichtig ist es, wenn man den § 325 CPO. nur auf solche Rechtsnachfolger des Schuldners beziehen will, welche es durch Erbgang geworden sind.[8]) Denn im Gegensatze zu § 665 CPO. (alter Fassung) macht weder § 727 CPO. noch § 325 irgend einen Unterschied nach dem Grund oder nach der Art der Nachfolge. Die Vorstellung, dass nur durch Erbgang eine Succession in die Verpflichtungen eintrete, beruht auf einer Befangenheit in romanistischen Vorstellungen und ist nicht einmal für das römische Recht zutreffend.

3. Gaupp-Stein[9]) vertritt die Ansicht, dass die Rechtskraft auf die Schuldübernehmer nicht ausgedehnt sei, und begründet dies bezüglich derjenigen Schuldübernehmer, die neben dem Urschuldner haften, damit, dass ein Gesammtschuldverhältnis vorliegt, für das nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 425 II BGB. das rechtskräftige Urteil nur in der Person des als Partei auftretenden Gesammtschuldners wirke.[10]) Stein führt dann weiter aus, man könne die Fälle der privativen Schuldübernahme nicht anders behandeln, als die der kumulativen, da man damit in das Gesetz eine ihm sonst fremde Unterscheidung hineintragen würde. So gelangt er, obwohl er den Standpunkt des Gesetzes rechtspolitisch als bedauerlich bezeichnet, auch für die privative Schuldübernahme zur Verneinung der Rechtskrafterstreckung.

Bei dieser Argumentation ist übersehen, dass das Gesetz in der die Rechtskrafterstreckung verneinenden Norm des § 425 II BGB. voraussetzt, dass das Gesammtschuldverhältnis bereits zur Zeit des Prozessbeginns des einen Gesammtschuldners bestand. Das ist hier ebenso selbstverständlich, wie bezüglich der für die Gesammtgläubiger in § 429

8) Dieser Ansicht folgt Schmidt, Änderungen S. 93, bei Besprechung der Vollstreckbarkeit gegen Dritte. Er meint, dass die Gläubiger des Vermögensübernehmers „durch die Fassung der §§ 293c, 665 (= §§ 325, 727) nicht gedeckt werden“, da nach § 419 BGB. lediglich eine Singularsuccession zu stande komme. Er hat wohl die alte Fassung des § 665 vor Augen gehabt. — Schmidt wird von Gaupp-Stein Note 17 zu § 325 als Anhänger der hier vertretenen Ansicht aufgeführt. Prinzipiell steht aber Schmidt auf Seite Steins. Er nimmt nur Ausnahmen an. Vgl. unten Note 18.

9) Bem. III Abs. 2 zu § 325.

10) Ebenso Jäger, Anm. 24 zu § 40 KO. Mit Recht dagegen Kleinfeller, Bem. 1 zu § 40 KO.

gegebenen Vorschrift. Wird aber jemand auch nur einen Augenblick darüber zweifeln, dass die Rechtskrafterstreckung eintritt, wenn ein Gläubiger nach der Rechtshängigkeit einen zweiten Gläubiger als Gesammtgläubiger aufnimmt?[11])

Auch in den hier zur Erörterung stehenden Fällen handelt es sich um eine Gesammtschuld, bei der die Entstehung der Verpflichtung des zweiten Schuldners davon abhängig ist, dass in dem Augenblicke des den Eintritt begründenden Umstandes der erste Schuldner verpflichtet ist. Sonach bleibt der § 425 BGB. völlig ausser Betracht, wenn das Gesammtschuldverhältnis aus dem Einzelschuldverhältnis nach Beginn der Rechtshängigkeit entstanden ist, und die ganze Frage der Rechtskrafterstreckung hängt lediglich davon ab, ob der Schuldübernehmer als Rechtsnachfolger des Urschuldners zu betrachten ist. Ist dies der Fall, so bestimmt sich materiellrechtlich das Rechtsverhältnis des Übernehmers schlechthin nach der Haftung des Urschuldners, wie sie zur Zeit des Eintritts war,[12]) und wegen dieser Abhängigkeit findet auch die Rechtskrafterstreckung statt.

Darin geben wir Stein Recht, dass die Fälle der nach dem Prozessbeginn eintretenden privativen Schuldsuccession nicht anders behandelt werden können, als die kumulative.[13]) Aber daraus, dass bei der letzteren die Rechtskrafterstreckung stattfindet, folgt eben gerade umgekehrt, dass sie auch bei der ersteren[14]) nicht geleugnet werden kann.

IV. Hieraus ergibt das Resultat, dass alle Argumente, welche gegen die Behandlung der Schuldsuccessoren als Rechtsnachfolger vorgebracht wurden, nicht stichhaltig sind und dass § 325 CPO. ohne Unterscheidung auf alle derartigen Fälle anzuwenden ist.

Dies wird auch durch das praktische Bedürfnis ebenso gefordert.

---

11) Vgl. über diese Fälle der kumulativen Succession in Rechte oben § 35 Note 22.

12) Das ist bezüglich der vertragsmässigen Übernahme in § 417 BGB. ausdrücklich ausgesprochen und versteht sich für die übrigen Fälle von selbst (vgl. z. B. § 419 „zu dieser Zeit bestehende Ansprüche").

13) Darüber, dass letztere auch bei der Gesammtnachfolge stattfinden kann, vgl. oben § 45 Note 18.

14) Bei der privativen Schuldübernahme ist die Voraussetzung, dass die Schuldübernahme nach Beendigung des Prozesses stattgefunden hat, da die von dem Gläubiger zu genehmigende Befreiung des Urschuldners zur Klagabweisung führt. So wenigstens, wenn der Übernehmer nicht im Einverständnis der Parteien in den Prozess succediert. Vgl. m. Vertr. S. 179, 180 c. cit., übereinstimmend Petersen-Anger, Note 10 zu § 265 (jedoch mit Leugnung der Möglichkeit, dass eine Succession in das Prozessverhältnis vereinbart werden könne).



wie bei der Nachfolge im Rechte. Vom Standpunkt der Gegner aus wäre der Gläubiger, der mit seinem Schuldner im Streite liegt, genötigt, gegen den Übernehmer des Vermögens, der die Exekutionsobjekte in Händen hat, einen neuen Prozess zu führen und alle die Einwendungen nochmals zu bekämpfen, die in dem mit dem Urschuldner bereits geführten Prozesse schon widerlegt wurden! Der beklagte Erbe hätte die Möglichkeit, bei schlecht verlaufendem Prozesse den Gläubiger durch Veräusserung der Erbschaft zur Wiederholung des Streites mit dem Erbschaftskäufer zu nötigen. Der Gläubiger, der den mit dem Erblasser begonnenen Prozess mit dem Erben glücklich soweit geführt hat, dass das Urteil baldigst in Rechtskraft übergehen wird, würde mit dem Dritten, dem der Erbe noch vor ihrem Eintritt den Niessbrauch an der Erbschaft bestellt hat, nochmals den ganzen Prozess führen müssen! Und der Übernehmer sollte seinerseits nicht in der Lage sein, dem mit der Klage gegen den Urschuldner abgewiesenen angeblichen Gläubiger die Rechtskraft entgegenzusetzen?[15])

Stellt man sich diese Konsequenzen der bekämpften Auffassung einmal im einzelnen vor, so ist es meines Erachtens klar, dass sie so sehr gegen die praktische Rechtsvernunft verstossen, dass sie nicht Rechtens sein können. Sie sind umsomehr zu verwerfen, als sie gegen das Gesetz verstossen. Denn man trägt in dieses mit der verschiedenen Behandlung der einzelnen Arten von Schuldsuccessoren Unterscheidungen, die ihm fremd sind.

Bestätigungen des hier verteidigten Standpunkts, zugleich allerdings einige Schwierigkeiten bei seiner Durchführung hinsichtlich der Vollstreckbarkeitsfrage ergeben sich aus einer Reihe von Bestimmungen des 8. Buchs der CPO.

1. Sind die Vermögensübernehmer Rechtsnachfolger in die Schuld, so werden sie zwar nicht durch § 665 CPO. alter Fassung,[16]) wohl aber

15) Dies wäre die notwendige Konsequenz des bekämpften Standpunktes. Denn womit sollte gerechtfertigt werden, dass der Vermögensübernehmer der Rechtskraft teilhaftig werden könnte, wenn er nicht Rechtsnachfolger wäre?

16) Er stellt nur auf die allgemeinen Rechtsnachfolger ab. Man hat aber doch schon bisher versucht, den Käufer eines Handelsgeschäfts und andere Vermögensübernehmer, die in das Vermögen zweifellos nicht als Universalsuccessoren eintraten, der Vollstreckbarkeit zu unterwerfen, indem man das ganze Vermögen als im Streit befangen betrachtete und die zweite Kategorie der bezüglich der Schuldnerseite in § 665 CPO. aufgeführten Fälle als einschlagend bezeichnete. (Vgl. Schultze, Voll-



durch § 727 CPO. getroffen, der mit der Verweisung auf § 325 CPO. einfach darauf abstellt, ob das Urteil gegen den Dritten als den Rechtsnachfolger rechtskräftig wird.[17]) Damit sind die Schwierigkeiten, mit denen die bisherige Auslegung des Gesetzes, namentlich wegen der Verwendung des Begriffs der Streitbefangenheit der Sache, zu kämpfen hatte, beseitigt und es würde sich von selbst verstehen, dass aus dem den Schuldner verurteilenden Erkenntnisse die Vollstreckung nach Massgabe der §§ 727, 731 gegen den Übernehmer betrieben werden kann, wenn er nach Beginn der Rechtshängigkeit in die Schuld succediert ist. Die Voraussetzung würde nur sein, dass man die Vermögensübernehmer als Rechtsnachfolger anerkennt.

Thut man dies, so erscheint es als eine überflüssige Hervorhebung einer Selbstverständlichkeit, wenn § 742 CPO. die Vollstreckbarkeit aus den Urteilen, welche gegenüber der Ehefrau in den vor der Ehe begonnenen[18]) Rechtsstreitigkeiten ergehen, auf den Ehemann ausdehnt.[19]) Die Bestimmung ist aber nicht nur überflüssig, sondern gefährlich, weil sie, wie alle Normen, die etwas Selbstverständliches für einen einzelnen Fall sagen, sehr leicht zu einem falschen argumentum e contrario verleiten. Dieses ist sofort gegeben, wenn man die Vorschrift als eine Singularität auffasst.[20]) In der Denkschrift zur Novelle (§ 670h) wird die Vorschrift des § 742 CPO. ganz zutreffend damit motiviert, dass das Urteil der Frau ja gegenüber dem Ehemanne Rechtskraft schaffe. Diese

---

streckbarkeit S. 141/75, der aber die Verurteilung aus Geldschulden ausnimmt, und die dort angeführte Litteratur, auch unten zu Note 28 f.) Die Streitbefangenheit des Vermögens kann natürlich nur in demselben Sinne gemeint sein, wie die Streitbefangenheit einer einzelnen Sache, auf welcher die streitige Verpflichtung ruht. Es ist also nur ein anderer Ausdruck dafür, dass die Verpflichtung den jedesmaligen Inhaber des Vermögens (nicht eines einzelnen Bestandteiles desselben) trifft. Der persönliche Anspruch würde also in diesem Sinne eine Art actio in rem scripta bilden. Vgl. auch unten bei Note 29.

17) Auf den Erwerb der in Streit befangenen Sache wird nur bezüglich des Unterbesitzers abgestellt. Dies kommt aber für die einschlägigen Fälle absolut nicht in Betracht.

18) Im Gegensatz zum Gesetz bezieht Schmidt, Änderungen S. 110 Nr. 4 die Vorschrift auf die Fälle, in denen die Succession nach der Rechtskraft eingetreten ist.

19) Vgl. oben § 45 a. E. und Anspr. u. Klagr. §§ 43 II, 44, 47 II, 48.

20) Die Gefahr einer unfreien, sich zu eng an den Wortlaut des Gesetzes anlehnenden Auslegung ist bei den meisten der bei der Revision der CPO. neu hinzugefügten Bestimmungen des 8. Buches eine sehr grosse, weil man kasuistisch verfuhr. Vgl. oben S. 50 Note 12.

Hervorhebung ist nicht ganz überflüssig gegenüber denjenigen Autoren, welche in anderen Fällen leugnen, dass aus der definitiven, unabwendbaren Vollstreckbarkeitserstreckung ein Schluss auf das Vorhandensein der Rechtskrafterstreckung gezogen werden dürfe.

2. In kasuistischer Weise regelt das Gesetz die Vollstreckbarkeitsfrage noch für einzelne andere Fälle der Schuldsuccesion, nämlich für die Nacherbfolge,[21]) gewisse Fälle der Übernahme eines Vermögens,[22]) insbesondere des Geschäfts eines Kaufmanns[23]) und die Bestellung des Niessbrauchs an einem Vermögen oder an einer Erbschaft.[24])

Das Auffallende in allen diesen Bestimmungen ist, dass hier die Vollstreckbarkeit gegen den Übernehmer davon abhängig gemacht ist, dass die Succession in die Schuld nach der rechtskräftigen Verurteilung des Urschuldners stattgefunden hat. Dass die Vermögensübernahme eine „Sondernachfolge in die einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten"[25]) begründe, erkennt die Denkschrift zu § 665 b ausdrücklich an. Die Motive fahren dann fort: da sie keine Gesammtnachfolge begründe, so könne nach § 665 eine vollstreckbare Ausfertigung nur erteilt werden, wenn das Urteil einen dinglichen Anspruch oder eine solche persönliche

---

21) CPO. § 728 I (über die Frage, wie es denkbar ist, dass ein Urteil gegen den Nacherben vollstreckt werden kann, obgleich doch nach § 326 I CPO. nur günstige Urteile gegenüber dem Nacherben rechtskräftig werden sollen, vgl. oben § 33 Note 43). — In Abs. 2 des § 728 ist mit dieser Regelung eines Successionsfalls die Regelung der Frage verbunden, wie gegen den Erben die Vollstreckung aus den gegen den Testamentsvollstrecker ergangenen Verurteilungen zu geschehen hat; und § 749 regelt die Vollstreckung gegen den Testamentsvollstrecker aus den Verurteilungen des Erblassers. Über die Frage, wie es sich in diesen Beziehungen hinsichtlich des Nachlassverwalters, des gewöhnlichen Nachlasspflegers (vgl. dazu oben § 30 Note 7c, § 33 Note 13), des Konkursverwalters u. s. w. verhält, schweigt sich das Gesetz aus.

22) § 729 I. In den Motiven (§ 665b) wird nur auf den Fall des § 419 BGB. Bezug genommen. Von dem Erbschaftskäufer schweigen sie ebenso, wie das Gesetz, obwohl §§ 737 II und 738 II des Niessbrauchers an einem ganzen Vermögen wieder besonders gedenken.

23) § 729 II. Auch hier wird wieder nur der Fall des § 25 I Satz 1 und II HGB. genannt. Die Fälle des Abs. 3 werden mit Schweigen übergangen, obwohl sie sehr wohl hierher gehören können und dann gehören, wenn der (anderweite) besondere Verpflichtungsgrund zur Schuldsuccession führt, also nicht, wenn ein Vertrag auf Leistung an die Drittgläubiger (oben Note 4) vorliegt. Ebenso schweigt das Gesetz über den Fall des § 28 HGB., obwohl die Vergemeinschaftung eines Geschäfts nur eine besondere Erscheinungsform der Geschäftsveräusserung ist (Verträge S. 408 f.), und ebenso über die Fälle der Fusionen (Vertr. S. 411 f. und oben § 30 II, 2).

24) §§ 737, 738 vgl. oben § 45 a. E.

25) Über ihre Bezeichnung als Sondernachfolge vgl. oben § 44 Note 19.



Verbindlichkeit betreffe, die sich an den Besitz einer bestimmten Sache knüpfe; angesichts der Rechtslage, in der sich der Gläubiger befinde, erscheine es jedoch billig, die Vollstreckbarkeit allgemein zuzulassen. In der Begründung zu § 680 c, d wird die Statuierung der Vollstreckbarkeit gegen den Niessbraucher (CPO. § 738) als eine solche bezeichnet, die „im Anschluss an die verwandte Vorschrift" des § 729 I geschieht.

Liest man diese Deduktion, welche man in den Kommentaren ohne Äusserungen des Zweifels an ihre Richtigkeit wieder findet,[26]) so kann man dieselbe nur dadurch erklären, dass von dem Verfasser völlig übersehen wurde, welche Umwandlung der § 665 gegenüber der alten Fassung erlitten hatte. Soviel steht nun jedenfalls fest, dass mit Anerkennung der unabweisbaren Vollstreckbarkeit implicite auch die Rechtskraft gegen den Übernehmer anerkannt ist[27]) und dass die Ausdehnung der Rechtskraft nicht auf der Erstreckung der Vollstreckbarkeit beruht, sondern dass umgekehrt diese die Rechtskrafterstreckung zur Voraussetzung und zum Grunde hat. Die Rechtskrafterstreckung aber kann hinwiederum auf keinem anderen Grunde beruhen, als auf der Eigenschaft des Übernehmers als des Rechtsnachfolgers.[28])

Ist dies richtig, so folgt aber daraus weiter, dass, wenn jegliche besondere Bestimmung fehlen würde, die Vollstreckbarkeit gegen den Übernehmer schon auf Grund des § 727 erlangt werden könnte, also auch auf Grund eines Urteils, welches nach der Übernahme gefällt wurde, wenn nur der Prozess zur Zeit der Übernahme bereits anhängig war. Zu diesem Ergebnis würde auch die von Seuffert[29]) bezüglich des Falls des § 738 angegebene Auffassung führen, welche zur Begründung der Vorschrift anführt, dass das Vermögen als im Streit befangen angesehen werde.[30]) Denn dass der Erwerber eines in Streit befangenen Gegen-

---

26) Vgl. z. B. Petersen-Anger, Bem. 4 zu § 729. Vgl. auch Schmidt, Änderungen S. 93.

27) So auch Schmidt, Änderungen S. 60/1, Staub, Anm. 26 zu § 17 HGB., Meyer bei Gruchot 42 S. 60. — Vgl. die Begründung oben § 6.

28) Staub qualifiziert in Anm. 26 zu § 17 (vgl. auch Note 1 zu Anm. 18) den Geschäftserwerber mehrmals als Rechtsnachfolger (in Forderung oder Schuld), leugnet aber trotzdem in Anm. 24, dass Succession vor Eintritt der Rechtskraft zu deren Erstreckung führt. Er übersieht also die Tragweite des § 325 CPO. Seine Leugnung wäre nur dann haltbar, wenn die Rechtskrafterstreckung auf einem anderen Grunde, als auf der Rechtsnachfolgerschaft beruhen würde.

29) Zeitschr. 22 S. 363. Vgl. oben Note 16.

30) Petersen-Anger, Bem. 4 zu § 738 und Struckmann-Koch, Bem. 1

standes an die Rechtskraft auch dann gebunden ist, wenn er vor der Rechtskraft in die mit einer actio in rem scripta geltend gemachte Haftung eingetreten ist, ist etwas ganz Zweifelloses.

Sonach widersprechen sich der § 727 und die §§ 729, 738 und eine Lösung ist nur in der Art möglich, dass man die §§ 729, 738 als die lex specialis gegenüber der generellen Vorschrift des § 727 CPO. betrachtet Aber es ist wohl zu beachten, dass jene Paragraphen sich nur auf die Zwangsvollstreckung beziehen und nur eine Erschwerung[31]) für diese herbeiführen, indem sie Succession nach Eintritt der Rechtskraft verlangen, während nach der lex generalis des § 727 Succession nach Eintritt der Rechtshängigkeit genügen würde.[32]) Nichts berechtigt uns, wegen dieser Vollstreckungsregel etwa anzunehmen, dass der Schuldsuccessor nur dann von der Rechtskraft berührt werde, wenn die Succession nach der Beendigung des Prozesses stattgefunden habe. Vielmehr bleibt es in dieser Beziehung bei der Regel des § 325 CPO. Dies ist umsomehr geboten, als ja eine wichtige Kategorie der Schuldsuccessionsfälle in § 742 auch bezüglich der Vollstreckbarkeit ganz so behandelt wird, wie es der allgemeinen Regel des § 727 entspricht.

Das Resultat, welches sich bezüglich der Vollstreckbarkeit gegen die Übernehmer ergibt, ist hiernach ein höchst unbefriedigendes und es ist im höchsten Masse zu bedauern, dass man der Warnung, die

---

zu § 738 übernehmen diese Begründung, ohne die im Texte besprochenen Schwierigkeiten zu bemerken.

31) Diese zuvor gerechtfertigte Auffassung steht in Widerspruch mit der Denkschrift, welche in den §§ 729, 738 eine aus Billigkeitsrücksichten statuierte besondere Begünstigung des Gläubigers sehen. Auch Staub (Anm. 26 zu § 17 HGB.) sagt, obwohl er den Übernehmer als den Rechtsnachfolger des bisherigen Geschäftsinhabers betrachtet, dass der Gläubiger auf Grund der neuen Vorschrift des § 729 CPO. „sogar" die einfache Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung erlangen kann.

32) Auch bezüglich der in §§ 729 und 738 geregelten Fälle. Der Gläubiger entbehrt also in diesen besonders geregelten Fällen, falls die Succession vor der Rechtskraft eingetreten ist, des Vorteils, nach § 727 verfahren zu können, und wenn er gegen den Übernehmer klagt, so kommt die Kompetenzregel des § 731 nicht zur Anwendung (vgl. näher oben § 6, I, 1). Aber es bleibt dabei, dass der Übernehmer die eingeklagte Schuld (gegen den Urschuldner) nicht bestreiten kann. Dieses Judikat bildet die Grundlage, von der aus die Verurteilung des Übernehmers zu erfolgen hat, wenn der Schuldsuccessionsgrund feststeht und der Übernehmer keine besonderen Einwendungen machen kann. — Ebenso hat der Übernehmer die Berufung auf die Rechtskraft, wenn der Urschuldner die Zurückweisung der zur Zeit der Übernahme anhängigen Klage erstritten hat. Die Frage nach der Wirkung gegen und für den Übernehmer sind gleichmässig zu beantworten.



Stein [33]) rechtzeitig aussprach, keine Beachtung geschenkt hat. Er sagte eine grosse Verwirrung voraus, falls § 729 beibehalten werde. Diese ist, wie die Erörterungen gezeigt haben, unter der Führung der Denkschrift bereits eingetreten und sie wird sich noch steigern, wenn erst die Frage der Vollstreckbarkeit gegenüber den anderen Schuldübernehmern die Praxis beschäftigen wird. [34])

II. Der Eintritt in Verpflichtungen, die auf einzelnen Vermögensstücken ruhen.

§ 47.

1) Verpflichtungen, die den Eigentümer als solchen treffen.

Ebenso wie das bisherige Recht kennt das Reichsrecht zahlreiche Fälle, in denen eine Verpflichtung sich an den Erwerb einzelner Vermögensstücke anknüpft. Und zwar geschieht dies entweder infolge des Erwerbs des Eigentums, oder infolge der blossen Besitzerlangung.

I. In dem ersten Fall [1]) kann es sich sowohl um Immobilien, wie um bewegliche Sachen handeln. Beispiele sind einerseits der Erwerb eines mit einer Reallast, [2]) Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld belasteten

33) Zeitschr. f. C. 24 S. 227.

34) Ist die lex singularis des § 729 auf den Fall des § 419 BGB. und des § 25 Abs. 1 u. 2 HGB. zu beschränken oder sind die analogen Fälle nach Analogie dieser lex singularis zu beurteilen? In m. Vertr. S. 181 habe ich das erstere angenommen, gebe aber gern zu, dass die Frage höchst zweifelhaft ist. Man denke an den Fall, dass der Erbe während des Prozesses über eine Nachlassschuld die Erbschaft veräussert und dann verurteilt wird. Nun ist die Frage: 1) Kann überhaupt gegen den Käufer eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden? Sieht man auf §§ 727 und 742, so ergibt sich die Bejahung der Frage und die Klage ist, falls die Übernahme nicht urkundlich nachgewiesen werden kann, in dem ausschliesslichen Gerichtsstand des § 731 anzustellen. Behandelt man aber den Fall nach Analogie des § 729, so ist der Weg des § 727 verschlossen und für die Klage gelten die gewöhnlichen Zuständigkeitsregeln. (Ich entscheide mich für die erste Alternative.) 2) Ist der Erbschaftsverkauf nach der rechtskräftigen Verurteilung des Erben vorgenommen, so führen beide Ansichten zu demselben Resultat. Nach Analogie des § 729 sind §§ 727 und 731 anwendbar; das gilt auch, wenn man den Fall schlankweg nach § 727 beurteilt oder die Analogie von § 742 gebraucht.

1) Über den zweiten vgl. § 48f.

2) Ihr gleich steht die wegen Überbaus entstandene (in das Grundbuch nicht einzutragende) Verpflichtung zur Zahlung einer Geldrente bezw. einer Kapitalabfindung, BGB. §§ 912/6. Vgl. ferner § 917. Prozesse über Verpflichtungen, die nicht eintragungs-



Grundstücks[3]) oder eines vermieteten und im Mietbesitz stehenden Grundstücks[4]) oder eines Grundstücks, von dessen Eigentümer als solchem kraft Nachbarrechts eine Leistung (Thun oder Unterlassen) gefordert werden kann.[4a]) Gemeinrechtlich gehört hierher auch die actio aquae pluviae arcendae,[5]) ferner die Forderung auf Leistung der cautio damni infecti[6]) und aus der operis novi nuntiatio. — Eine Verpflichtung, die den Eigentümer einer beweglichen Sache als solchen trifft, liegt bei der gemeinrechtlichen actio noxalis und der actio quod metus causa (auf Herausgabe der abgezwungenen Sache)[7]) vor. Das BGB. kennt

bedürftig sind, wirken gegen die Nachfolger schlechthin, da es hier einen Schutz des guten Glaubens nicht gibt. Vgl. oben S. 196, V.

3) Wenn in diesen Fällen von einer Verpflichtung, die auf dem Grundstück ruht, gesprochen wird, so geschieht es in demselben Sinn, in dem § 266 CPO. diesen Ausdruck gebraucht.

4) Nicht jeder Anspruch des Mieters trifft den neuen Eigentümer (vgl. oben § 35 Note 6 und unten Note 10). Dass aber das Mietverhältnis in dem Umfang des § 571 den Eigentümer als solchen und nach Massgabe des § 577 BGB. den Erwerber von jura in re aliena als solchen (berechtigt und) verpflichtet, ist m. E. nicht zu bezweifeln Bezüglich des bisherigen preussischen Rechts war die Frage streitig, vgl. einerseits Dernburg, Pr. PrR. I § 132 Note 12 und Schultze, Vollstreckbarkeit S. 47 Note 31, anderseits Eccius I § 51 Note 17. Die Frage ist heute keineswegs dieselbe. wie bisher. Ohne Berücksichtigung der Änderung der Natur des Miet- und Pachtverhältnisses erklärt sich Gaupp-Stein Note 4 § 266 gegen Dernburg.

4a) Mit Recht erkennt RG. 40 S. 335f. an, dass der § 266 CPO. Anwendung findet, wenn der auf Beseitigung einer störenden Anlage klagende Eigentümer veräussert, und spricht dann (S. 337) allgemein den Satz aus, dass „die zeitigen Eigentümer nach der einen und der anderen Seite hin nur als die jeweiligen Vertreter der beteiligten Grundstücke erscheinen“. Ohne Bild gesprochen (vgl. oben § 7 II) heisst dies nichts anderes, als dass Recht und Pflicht (auf Beseitigung) den jeweiligen Eigentümer treffen und dass der Erwerber des die störende Anlage enthaltenden Grundstücks in die Verpflichtung seines Vorgängers succediert. Eben deshalb ist § 266 CPO. anwendbar. Vgl. auch S. 243 Note 8. — Die Beseitigungspflicht trifft ebenso wie den Eigentümer so auch den Besitzer (vgl. unten § 49 II). Darauf beruht die Vorschrift des § 77 CPO. (vgl. oben § 10, I).

5) Die Grundsätze über sie werden durch das BGB. nicht aufgehoben, Art. 124, 65 EG. Vgl. Dernburg, BR. III § 137 (2. Aufl. § 138).

6) Ist ein Schaden der in § 836 BGB. bezeichneten Art eingetreten, so haften nach jetzigem Recht bestimmte Personen und die Schadensersatzpflicht geht nicht auf einen neuen Erwerber über. Die Vorkehrungspflicht des § 908 trifft den jedesmaligen Eigenbesitzer. Auch § 1005 BGB. legt dem Besitzer eine Duldungspflicht auf. Die Vorschriften gehören deshalb nicht hierher. Vgl. unten § 49 Note 4.

7) Der Anspruch auf Herausgabe richtet sich auch gegen den Besitzer, der nicht Eigentümer ist, geht dann aber nur auf Restitution dessen, was er hat: des Besitzes. Der dritte Eigentümer aber muss das Eigentum restituieren.



die entsprechenden Rechtssätze nicht.[8]) Dagegen ist aus dem Reichsrecht etwa hierher zu zählen die Verpflichtung des Erwerbers einer nicht voll eingezahlten Aktie zur Leistung der eingeforderten Beträge.[9])

II. Wird aus einer solchen dinglich radicierten Verpflichtung geklagt, so bildet in allen den bezeichneten Fällen die Frage, ob der Beklagte der Eigentümer der mit der Verpflichtung belasteten Sache ist, nur die Vorfrage für das Bestehen der streitigen Verpflichtung, Prozessgegenstand ist nur dieses Verpflichtungsverhältnis. Veräussert der Beklagte pendente lite, so gilt dasselbe gegenüber dem Erwerber. Seine Nachfolgerschaft in das Eigentumsrecht ist der Grund für seine Nachfolge in die Verpflichtung. Wird die Rechtskraft auf den Erwerber erstreckt, so trifft sie ihn nicht direkt als den Nachfolger in das Eigentum, sondern deshalb, weil, und lediglich insoweit[10]) er als solcher der Rechtsnachfolger in die Verpflichtung ist.

Dass diese Erstreckung der Rechtskraft auf Grund des § 325 CPO. stattfindet, ist völlig zweifellos. Wer es zugibt, erkennt damit aber auch an, dass den Erwerber des Grundstücks die Rechtskraft qua Nachfolger in die streitige Verpflichtung trifft und dass er als solcher Schuldsuccessor Rechtsnachfolger im Sinne des § 325 CPO. ist.

III. Schon im bisherigen Recht war die Rechtskrafterstreckung anerkannt und zwar nicht nur bezüglich der Verpflichtungen, welche auf einem Grundstück ruhen und sog. dingliche Forderungen begründen, sondern ganz allgemein. Man deducierte es aus der Streitbefangenheit der die Haftung des jeweilgen Eigentümers begründenden Sache und hatte eine gewisse Berechtigung dazu insofern, als der den Absatz 2 des § 236

---

8) Ist nach geschehener Anfechtug (wegen Drohung) auf Herausgabe der übergebenen Sache geklagt, so ist der Eigentumsanspruch anhängig und es kommen die in § 48/9 zu betrachtenden Grundsätze zur Anwendung.

9) HGB. §§ 220/3.

10) Ist der frühere Eigentümer aus der dinglichen Reallastklage und zugleich auf Grund des § 1108 BGB. persönlich verurteilt, so berührt der letztere Teil des Urteils den Erwerber nicht. Ebenso ist bei der Verurteilung des Vermieters zu untersuchen, ob die Ansprüche solche sind, welche auch dem neuen Eigentümer gegenüber Bedeutung haben. Es kann sein, dass sie ihn gar nicht berühren, oder dass sie den Nachfolger gerade so treffen, wie den Vorgänger (so z. B. bei dem Anspruch auf Beseitigung eines noch vorhandenen Mangels), oder dass der Mieter gegenüber dem Nachfolger wenigstens ein Retentionsrecht hat (so z. B. wenn der Mieter gegen den Vorgänger Ansprüche auf Schadensersatz hat, für welche der Nachfolger zwar nicht haftet, bis zu deren Befriedigung der Mieter aber doch keinen Mietszins zu entrichten braucht, § 273 BGB.). Vgl. Vertr. S. 427 Note 383.

alter Fassung) ergänzende § 237 CPO. sich auf jegliche Verpflichtung bezog, die auf einem Grundstück ruhen soll. War aber dieses auch dann, wenn nicht über ein Recht an dem Grundstücke zu entscheiden war, als streitbefangen zu bezeichnen, so war der Schluss zulässig, dass der Begriff der Litigiosität[11]) ein so weiter ist, dass er auch die sämmtlichen oben betrachteten Fälle umfasst, also auch solche, in denen rein persönliche Ansprüche gegen den Eigentümer als solchen geltend gemacht werden. Dann ergibt sich aber: Im Streit befangen ist (oder war) eine Sache nicht nur, wenn ein sie ergreifendes dingliches Recht Prozessgegenstand ist, sondern auch dann, wenn ein Anspruch (auf Leistung) anhängig ist, aus welchem ein Dritter als Nachfolger in das Recht an der Sache haftet.[12]) Dabei ist es dann ganz gleichgültig, welchen Inhalt der Leistungsanspruch hat, ob er auf ein Thun oder Unterlassen[13]) geht, ob das Thun die kraft eines dinglichen oder persönlichen[14]) Anspruchs geschuldete Herausgabe einer Sache oder die Zahlung einer Geldsumme oder irgend eine andere Leistung[15]) ist.

---

11) Über die Erweiterung dieses Begriffs gegenüber dem römischen Recht vgl. Schultze, Vollstreckbarkeit S. 65—77.

12) Zu diesem Ergebnis gelangt auch Schultze, a. a. O. S. 76/7 und bes. S. 82. Die Schwierigkeiten, mit denen er angesichts des § 665 CPO. kämpft und die gewöhnlich etwas leicht genommen werden, bestehen heute nicht mehr. Abgesehen von dem Besitzmittler stellt weder der § 727, noch § 325 CPO. auf die Streitbefangenheit ab. Für beide Paragraphen kommt es lediglich darauf an, ob der Dritte „Rechtsnachfolger" ist. Erkennt man den Schuldsuccessor als solchen an, so sind — abgesehen von dem Besitzmittler, vgl. unten S. 336 f. — alle Schwierigkeiten gehoben. Durchaus nicht zustimmen kann ich Schultze, wenn er (S. 81) damit argumentiert, dass die CPO. für die Vollstreckung zwischen dinglichen und persönlichen Forderungen keinen Unterschied mache, falls es sich um „Realexekution" in bestimmte Sachen (Gegensatz: Geldforderungen) handle. Denn erstens ist dies nicht richtig, wie jetzt § 896/7 CPO. vollkommen klar gestellt hat, und zweitens würde es für die Interpretation des § 236 (alt. F.) und die Rechtskraftfrage nicht massgebend sein. Nicht zutreffend ist es auch, wenn man die actiones in rem scriptae als solche Rechte bezeichnet, die den dinglichen Rechten „in Bezug auf die direkte Verhaftung der Sache gleichstehen" (so z. B. Gaupp-Stein nach Note 9 zu § 265). Denn zum Wesen der dinglich radicierten Verpflichtung gehört es keineswegs, dass die Sache haftet, sondern das, dass der Eigentümer der Sache haftet. Noch weniger ist es zutreffend, wenn Struckmann-Koch, 7. Aufl. Bem. 2 zu § 265 auch bei der actio in rem scripta die Sache als den unmittelbaren Streitgegenstand bezeichnet.

13) Man denke an die Verurteilung zur Unterlassung einer den Nachbarn beeinträchtigenden Handlung (z. B. § 907, 909).

14) Gemeinrechtlich z. B. bei der actio quod metus causa, heute bei Mietverpflichtungen, die auch den neuen Eigentümer treffen (Note 10).

15) Gemeinrechtlich: das cavere bei der cautio damni infecti. Heute: Ansprüche

Für die Frage nach der Rechtskrafterstreckung kommt es in den hier behandelten Fällen[16]) nach der unzweideutigen Bestimmung des § 325 CPO. lediglich darauf an, ob der Dritte Rechtsnachfolger ist. Ist der Dritte dies, so ist das Urteil ihm gegenüber wirksam. Die Rechtskrafterstreckung bestimmt sich nicht danach, ob die Streitbefangenheit gegeben ist, sondern umgekehrt haben wir für das heutige Recht bei der Frage, ob Litigiosität vorliegt, die aus § 325 CPO sich ergebende Antwort auf die Frage, ob Rechtskrafterstreckung eintritt, zu verwerten Ist mit der actio quod metus causa auf Tradition der dem Kläger abgezwungenen Sache geklagt, so will dieser durch die Tradition das Eigentum erlangen. Der Grund, weshalb hier die Sache als streitbefangen zu betrachten ist, während die Klage auf Übergabe der gekauften Sache diese nicht litigiös macht, liegt darin, dass im ersten Fall der Erwerber der abgezwungenen Sache in die auf ihr ruhenden Verpflichtung succediert, während die Kaufobligation den Erwerber der aus dem Kaufvertrag geschuldeten Sache unberührt lässt.[17])

2) Verpflichtung gegen den Besitzer als solchen.

§ 48.

a) Im allgemeinen.

Von der grössten Wichtigkeit sind die Verbindlichkeiten,[1]) welche den Besitzer einer Sache als solchen treffen.

---

aus dem Mietverhältnisse, Anspruch auf Beseitigung von Anlagen der in § 907 BGB. bezeichneten Art oder auf das Treffen von den in § 908 bezeichneten Vorkehrungen.

16) Anders bei den Ansprüchen, die gegen den Besitzer als solchen gerichtet sind, darüber vgl. unten § 48f.

17) So wenigstens nach gemeinem Recht, während nach preussischem Recht der bösgläubige Erwerber auf Herausgabe haftet. Ist aber das Recht des Käufers gegen ihn verfolgbar, so succediert er eben insoweit in die Verpflichtung ad tradendum und es ist völlig zutreffend, wenn das vorm. Obertribunal (Entsch. 55 S. 215f.) deshalb die Sache als im Streit befangen erachtete. Mit Unrecht erklärt sich Schultze S. 83f. gegen diese wohl als herrschend zu bezeichnende Ansicht. (Litteratur bei Schultze a. a. O. S. 84/5.) In der That beruht die Verpflichtung des Erwerbers auf demselben Grunde, wie die des Veräusserers. Die Kenntnis des Erwerbers erzeugt sie nicht, sondern bewirkt, dass er in die Verpflichtung eintritt. Die Kenntnis gehört zum Thatbestand der Rechtsnachfolge, natürlich nicht zur Nachfolge in das Eigentum, wohl aber zur Nachfolge in die Verpflichtung, zur Schuldsuccession. (Dies wird von Schultze a. a. O. nicht auseinandergehalten.)

1) Auch bei dieser Gelegenheit darf nochmals betont werden, dass die Vorstellung,

I. Bereits in anderem Zusammenhang[2]) wurde nachgewiesen, dass der Erwerb des Besitzes sich teils originär, teils aber im Wege der Besitznachfolge vollzieht und dass der Eintritt dieses Successionsverhältnisses völlig unabhängig von dem Rechtsgrund ist, aus welchem der bisherige Besitzer zu Gunsten des andern Teils sein Verhältnis zur besessenen Sache vollständig oder so aufgibt, dass der andere Besitzmittler und der bisherige Besitzer zum mittelbaren Besitzer wird.[3])

Die Konsequenz dieses Standpunkts ist die Auffassung, dass der Besitznachfolger in die durch den Besitz der Sache begründeten Verbindlichkeiten succediert. Derartige Ansprüche gehen auf ihn über, geradeso wie auf den Nachfolger in das Eigentum die gegen den Eigentümer als solchen begründeten Ansprüche. In der That: wird ein Anspruch lediglich durch das Besitzen einer Sache begründet und ist das Besitzverhältnis des Vor- und Nachbesitzers als ein identisches Rechtsverhältnis in dem Sinne zu behandeln, wie dies bei der Rechtsnachfolge geschieht,[4]) so muss auch der durch das identische Verhältnis begründete Anspruch gleichen Inhalts als identisch gelten.

Als einen Ausfluss der Identität[5]) und nicht als eine singuläre Bestimmung ist es aufzulassen, wenn die Qualifikation, welche der Anspruch durch die zu Gunsten des Vorbesitzers begonnene Verjährung erleidet, zwar wegfällt, falls der Nachbesitzer originär den Besitz erwirbt, aber fortwirkt, wenn er Rechtsnachfolger im Besitz ist (§ 221).[6])

---

der Besitz begründe die Passivlegitimation gegenüber der Klage, unrichtig ist. Der Besitz begründet den Anspruch, so z. B. den Eigentumsanspruch (§ 985 BGB.), und die Existenz des civilrechtlichen Anspruchs (auf Leistung) gibt das prozessuale Recht, ihn durch Klage zu verfolgen. Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 32, 127 Note 3 gegen die Ansicht, welche in dem Besitz die „Klagveranlassung“, den „Rechtsschutzgrund“ sieht.

2) Vgl. oben § 36.

3) Bezüglich dieses letzteren Falls vgl. oben § 36 II.

4) An sich gilt natürlich auch hier, dass der Anspruch gegen den A nicht der Anspruch gegen den B ist, ebenso wie das Recht des X nicht das Recht des Y ist. Beruht aber die Annahme der Identität zweier Rechtsindividuen auf der Vorstellung, dass sie die gleichen deshalb sind, weil für sie die gleichen Grundsätze gelten, so ist es nur eine Anerkennung der — richtig verstandenen — Identität, wenn Planck, Erl. I zu § 221 sagt: Der gegen den Nachbesitzer begründete Anspruch „wird so behandelt, wie wenn es derselbe Anspruch wäre“.

5) Sie wird für das bisherige Recht geleugnet, vgl. Windscheid I § 110 Note 5, Dernburg I § 177 Note 6, Regelsberger I § 185 Note 4. Es kommt alles darauf an, wie man über die Vorfrage der Nachfolge in den Besitz denkt.

6) Hat der Besitzvorgänger die Verjährung vollendet, so steht dem Nachbesitzer die Einrede der Verjährung umsomehr zu: der Herausgabeanspruch geht auf ihn

Gar nicht zu entbehren ist die hier verteidigte Auffassung, um die Rechtskrafterstreckung gegen den Nachfolger im Besitze einer vindicierten Sache [7]) mit der Rechtskraftregel des § 325 CPO. in Einklang zu bringen.

Habe ich gegen den Besitzer 1) die Feststellung meines Eigentums an einem Grundstück, 2) die Verurteilung zur Herausgabe und 3) die Verurteilung zur Leistung von Schadensersatz wegen verschuldeter Verschlechterung (§ 989 f.) erstritten, [8]) so ist die Rechtskrafterstreckung bezüglich dieser drei Teile des Urteils von ganz verschiedenen Voraussetzungen abhängig und hat dementsprechend auch eine ganz verschiedene Tragweite.

a) Mache ich die Rechtskraft aus der Feststellung meines Eigentums gegen einen Dritten geltend, so behaupte ich, dass der Dritte von dem Beklagten keine Rechte erworben haben kann, weil es unbestreitbar ist, dass dieser nicht der Eigentümer war. Die Rechtskraft dieses Teils des Urteils wirkt gegenüber jedem Dritten, aber auch nur gegenüber demjenigen Dritten, welcher Rechte aus dem Eigentum des Besiegten herzuleiten versucht. Die Erstreckung der Rechtskraft ist völlig unabhängig davon, ob der Dritte den Besitz erlangte. Sie findet z. B. auch statt gegenüber dem Dritten, der — in Kenntnis der Rechtshängigkeit — die Auflassung oder die Eintragung als Hypothekar erhalten hat. Und sie bedeutet die Negation der von dem Dritten behaupteten Rechtsnachfolge. [9])

(passiv) als ein bereits einredebehafteter über. Man kann dies auch so ausdrücken: Das Einrederecht geht auf ihn über, ebenso wie der Schuldübernehmer die in der Person des Urschuldners entstandenen Einreden geltend machen kann (BGB. § 417). Stammler, Einrede aus d. R. eines Dritten spricht in dem letzteren Fall davon, dass der Schuldner aus dem Rechte eines Dritten eine Einrede macht. Aber das Einrederecht geht auf ihn über. Der Vorbesitzer, der mit dem dinglichen Anspruch haftete, wird durch die Besitzaufgabe geradeso gut von diesem Anspruch befreit, wie der Urschuldner durch die privative Schuldübernahme. Ist dies richtig, so kann von einem Rechte desselben, aus dem der Nachbesitzer excipiert, keine Rede mehr sein. Das Einrederecht ist kein selbständiges Recht, sondern ein aus der Beschaffenheit der Schuld resultierendes. Stammler (S. 74) leugnet übrigens, dass Verpflichtungen mit wechselnden Verpflichteten unter dem Gesichtspunkt der Rechtsnachfolge zu betrachten seien. Der § 221 dürfte gerade für unsere Auffassung den Beweis erbringen.

7) Und in anderen Fällen, vgl. unten § 50/2.

8) Dieselben Grundsätze gelten entsprechend, wenn der Beklagte die Abweisung der Klage erzielt hat. Zur Vereinfachung des Ausdrucks wird im folgenden nur von der Verurteilung als dem einen dieser beiden Fälle gesprochen.

9) Vgl. oben § 19.



b) Sollen aber die Verurteilungen des oben bezeichneten Erkenntnisses gegen einen Dritten wirksam[10]) sein, so setzt diese Erstreckung voraus,[11]) dass er in Wirklichkeit der Rechtsnachfolger ist, und zwar Rechtsnachfolger in die Verpflichtungen, deren Erfüllung die Verurteilung anbefiehlt.[12]) Deshalb sind beide Verurteilungen[13]) rechtskräftig gegen den Erben des Beklagten, gegen die Übernehmer seines ganzen Vermögens, überhaupt gegen jeden Dritten, der in die sämmtlichen Verbindlichkeiten des Beklagten succediert ist. Dabei braucht der Kläger in den eben bezeichneten Fällen nicht zu beweisen, dass der Dritte den Besitz der vindicierten Sache erlangt hat. Denn diejenigen Schuldsuccessoren, die vorher bezeichnet wurden, haften aus den Verbindlichkeiten aus anderen Gründen, als der Besitzerlangung. So wird der Kläger den Erben, gegen den er die Vollstreckungsklausel erhält, zum Offenbarungseid zwingen, wenn die herauszugebende Sache nicht bei ihm vorgefunden wird, und er wird ihn eventuell auf Schadensersatz wegen der Nichterfüllung der Herausgabepflicht belangen.

Wie aber, wenn es sich um sonstige Dritte handelt? Ist ihm das Grundstück aufgelassen, aber nicht übergeben, so sind zweifellos beide Verurteilungen (auf Herausgabe und Schadensersatz) ihm gegenüber unwirksam. Weshalb? Weil er nicht Rechtsnachfolger in die abgeurteilten Verpflichtungen ist! Ist ihm das Grundstück übergeben,[14]) so ist das Urteil gegen ihn wirksam, soweit es sich um die Herausgabepflicht handelt, nicht aber bezüglich der Schadensersatzpflicht. Unser Standpunkt allein ergibt die in Übereinstimmung mit § 325 CPO. stehende Antwort: der Besitznachfolger ist der Rechtsnachfolger in die Herausgabepflicht, weil diese den Besitzer als solchen trifft; das Urteil über die Schadensersatzpflicht aber berührt ihn nicht, weil diese letztere nicht auf ihn als den Besitznachfolger übergegangen ist.[15]) Hat der Dritte

---

10) Nur dann, wenn sie gegen ihn wirksam sind, haben sie auch Vollstreckbarkeit gegen den Dritten (§ 727 CPO.).

11) Im Bestreitungsfall hat es der Kläger zu beweisen. (Vgl. oben S. 133 f.) Im Falle des § 727 CPO. ist es durch Urkunden zu belegen.

12) Nur diese Rechtsnachfolge kann in Frage stehen. Denn dass der Erwerber nicht in das Eigentum succediert sei, negiert ja der Kläger selbst, wenn er auf Grund seines rechtskräftig anerkannten Eigentumsanspruchs die Herausgabe verlangt.

13) Auch die Verurteilung in die Prozesskosten.

14) Gleichgültig ist für diese Frage, ob die Auflassung erfolgt ist oder nicht.

15) Vgl. auch die interessante Entscheidung des RG. 40 Nr. 91, wo in einem analogen Fall mit Recht entschieden wird, dass der Rechtsnachfolger nach § 266 in

den Besitz der streitigen Sache originär erworben, so ist das Urteil weder für noch gegen ihn wirksam, obwohl gegen ihn als den nunmehrigen Besitzer der Eigentumsanspruch begründet ist. Dies deshalb, weil die entsprechende Verpflichtung (zur Herausgabe) nicht identisch mit der abgeurteilten ist, weil er also nicht Rechtsnachfolger ist. Erwirbt aber der Besitznachfolger infolge seines guten Glaubens das Eigentum an der Sache, so erlischt mit dem Eigentum des Klägers dessen Anspruch auf die Herausgabe. Aus diesem einfachen Grunde kann die entsprechende Verpflichtung auf den Besitznachfolger nicht übergehen. Die Verurteilung des Vorbesitzers ist in solchem Falle gegenüber seinem Rechtsnachfolger — im Besitz[16]) — bedeutungslos.

II. Alle diese Entscheidungen sind wohl zweifellos. Der Wert der hier vertretenen Ansicht über die Nachfolge in die Herausgabepflicht beruht darin, dass jene Entscheidungen aus einem einheitlichen Gesichtspunkt erklärt werden und als einfache Konsequenzen des in § 325 CPO. aufgestellten Rechtssatzes erscheinen: die Rechtskraft erstreckt sich auf die Rechtsnachfolger der Parteien. Wer bestreitet, dass der Erwerber der vindicierten Sache als Besitznachfolger in die Herausgabepflicht succediert, aber trotzdem die Rechtskrafterstreckung behauptet, gerät mit dem § 325 CPO. in Widerspruch. Denn abgesehen von dem Besitzmittler stellt er lediglich auf die Rechtsnachfolge ab. Relevant aber kann nur die Succession in den Prozessgegenstand sein und das ist die Herausgabepflicht oder — von der anderen Seite aus bezeichnet — der Herausgabeanspruch. Darauf, ob nicht nur dieser, sondern auch die Feststellung des ihn bedingenden Eigentums im Prozess verfolgt wird, kommt es gleich der Frage, ob die Wirkung der Verurteilung zur Herausgabe sich auf den Besitzerwerber erstreckt, in keiner Weise an. Ebenso ist es irrelevant, ob dem Dritten der Besitz zwecks Verschaffung eines Rechts an der Sache oder wenigstens in Verbindung mit einem auf Rechtsübertragung gerichteten Rechtsgeschäft verschafft wurde.

Die Unhaltbarkeit der Ansicht, welche eine Besitznachfolge nur dann anerkennen will, wenn der Vorbesitzer den Nachbesitzer zugleich

---

den Prozess succediert, soweit es sich um den dinglichen Anspruch handelt, während bezüglich der Schadensersatzansprüche die ursprüngliche Partei im Prozess verbleibt (S. 338).

16) Das ist er, wenn er auch das Eigentum nicht von dem Vorbesitzer erhält. S. oben S. 133 Note 14, S. 135 6, 140 Note 12, 13, S. 189 vgl. mit S. 114, 123/4.

in seine „Rechtsposition in Ansehung der Sache“ einrücken lasse,[17]) zeigt sich gerade im Zusammenhang dieser prozessualen Betrachtungen. Warum in aller Welt sollte die Wirksamkeit der Verurteilung zur Herausgabe gegenüber dem Erwerber cessieren, der nicht einmal die Absicht hatte, Rechte an der Sache zu erwerben? Bedurfte es, um dem siegreichen Vindikanten gegenüber dem Mieter, dem Depositar, den Beauftragten und sonstigen Besitzmittlern einen nochmaligen selbständigen Prozess mit seinen Verzögerungen der Rechtsverwirklichung und mit seinen Prozesskosten zu ersparen, wirklich einer besonderen Gesetzesvorschrift?

Betrachtet man die Frage in diesem Lichte, so ist ihre Verneinung auch von selbst gegeben. Es ist eine überflüssige und in der Wortfassung missglückte Verdeutlichung von etwas ganz Selbstverständlichem, wenn die Erstreckung der Rechtskraft gegen die Besitzmittler (der Partei oder ihrer Rechtsnachfolger) in § 325 I CPO. besonders ausgesprochen wird. Denn, wie bereits früher ausgeführt wurde,[18]) sind sie Rechtsnachfolger des bisherigen Eigenbesitzers oder Besitzmittlers und zwar derart, dass die sämmtlichen Ober- und Unterbesitzer Besitzer sind und deshalb auch den Ansprüchen unterliegen, die durch den Besitz begründet werden.

Ist das Verhältnis der beiden Besitzer in dieser Weise aufzufassen, so ergibt sich nach dem durch § 425 II BGB. ausser Zweifel gestellten Prinzip die Konsequenz, dass das Urteil über die Pflicht des Einen nicht Rechtskraft über die Verbindlichkeit des Anderen wirken kann, falls sie bereits vor der Rechtshängigkeit Gesammtverpflichtungen waren.[19]) Wohl aber wirkt das gegen den Oberbesitzer erlassene Urteil gegen den Besitzmittler dann, wenn dieser nach der gegen den Oberbesitzer eingetretenen Rechtshängigkeit sein Besitznachfolger und damit auch Nachfolger in der passiven Seite des gegen den Oberbesitzer begründeten Anspruchs wurde. — Gibt der Unterbesitzer die Sache an den bisher nur mittelbar Besitzenden zurück, so wird dadurch keine Rechtsnachfolge begründet.[20]) Denn der Oberbesitzer war ja schon Besitzer (§ 868). Die Situation ist

17) Vgl. oben § 36 S. 247 f. über diese von Planck vertretene Ansicht.

18) Vgl. oben § 36 II (S. 250 f.)

19) Bezüglich des besonderen Verhältnisses zwischen Vermieter und Aftermieter vgl. oben S. 28/9.

20) Zu welchen unsinnigen Resultaten man von der abgelehnten Ansicht aus gelangen würde, zeigt zutreffend Strohal, Sachbesitz S. 127.

analog derjenigen, welche sich ergibt, wenn ein Gesammtgläubiger wegfällt, ohne dass dadurch zugleich das Recht des Genossen zerstört wird, oder wenn ein einzelner Gesammtschuldner wegfällt: die bisherige Mitberechtigung bezw. Mitverpflichtung wird zur Alleinberechtigung bezw. Alleinverpflichtung. Demgemäss wirkt das gegen den Unterbesitzer ergangene Urteil nicht etwa deshalb gegen den Oberbesitzer, weil dieser während des Prozesses oder nach seiner Beendigung Alleinbesitzer wurde.

Die eben besprochene Rechtsnorm ist die einzige in der ganzen Rechtskraft- und Vollstreckungslehre, in der auf den Begriff der im Streite befangenen Sache abgestellt wird. Bereits bei der Betrachtung der Fälle, in denen es sich um Ansprüche handelt, die gegen den Eigentümer als solchen gerichtet sind, wurde darauf hingewiesen, dass eine Sache im Sinne des § 265 CPO. als im Streit befangen zu betrachten ist, wenn Prozessgegenstand ein Anspruch der bezeichneten Art ist.[20a]) Aber diese Streitbefangenheit kommt gegenüber dem Erwerber nur dann in Betracht, wenn er Nachfolger in das jenen Anspruch begründende dingliche Recht ist. Die Verurteilung des Beklagten aus einem Anspruch, der nur den jedesmaligen Eigentümer als solchen trifft, ist gegenüber demjenigen Dritten bedeutungslos, der nur den Besitz der Sache erlangt hat.

Hiernach ist gegenüber dem in § 325 I CPO. gemeinten Besitzmittler als dem Erwerber der im Streit befangenen Sache die Feststellung eines Anspruchs (auf Leistung) oder die Verurteilung zu einer Leistung nur dann wirksam, wenn der Anspruch den Besitzer[21]) einer Sache als solchen trifft.

Zusammenfassend können wir demnach als im Streit befangen eine Sache dann bezeichnen, wenn sie 1. Objekt des abzuurteilenden dinglichen Rechts ist oder 2. wenn ein Anspruch Prozessgegenstand ist, der den jedesmaligen Erwerber eines Rechtes an der Sache[22]) oder den jedesmaligen Besitzer der Sache trifft.[23])

20a) S. S. 331. Vgl. hierzu auch oben § 21, II bes. Note 14.

21) Der Besitzdiener im Sinne des § 855 BGB. kommt nicht in Betracht, da er nicht Besitzer ist, solange er die thatsächliche Gewalt über die Sache in der in § 855 bestimmten Weise ausübt. Wird er aus dem Besitzdiener Besitzmittler, so greift § 325 I CPO. Platz. Hierüber ist man allerseits einverstanden. Vgl. Motive zu E. I Bd. 1 S. 377 f., Protokolle der II. Komm. Bd. 6 S. 663 f. und die Kommentare zu § 325.

22) Hierüber wurde in § 47 gehandelt.

23) In den Erörterungen, welche das bisherige Recht zum Gegenstande haben.



Zum Schlusse darf nochmals darauf aufmerksam gemacht werden, dass der Begriff der Streitbefangenheit in der Rechtskraftslehre im allgemeinen keine Rolle spielt und nur in Beziehung auf den Besitzmittler in Betracht kommt.

§ 49.

b) Die dinglichen Ansprüche gegen den Besitzer als solchen.

Die folgenden Erörterungen haben den Zweck, festzustellen, welches die Ansprüche sind, die sich gegen den Besitzer als solchen richten und die deshalb auf den Nachbesitzer übergehen, falls er Rechtsnachfolger im Besitze ist. Es sind gewisse dingliche Ansprüche und die Besitzansprüche. Von den letzteren soll in den folgenden Paragraphen die Rede sein.

I. Von den dinglichen Ansprüchen gehören hierher:

1. Der Anspruch auf Herausgabe, welcher dem Eigentümer (§ 985), dem Erbbauberechtigten (§ 1017), dem Niessbraucher (§ 1065) und dem Pfandgläubiger (§ 1229)[1]) gegen den Besitzer als solchen[2]) zusteht, nicht aber die Ansprüche auf Leistung aus dem Vermögen des Schuldners, welche das BGB. zwar teilweise ebenfalls unter Rubrik „Eigentumsanspruch" regelt, die aber keineswegs auf Herstellung des dem vorhandenen dinglichen Rechte entsprechenden Zustandes gerichtet sind.[3])

2. Ferner gehört hierher der dem Eigentümer und den anderen oben bezeichneten Berechtigten zustehende Anspruch gegen den Besitzer eines Grundstücks, auf welchem sich eine aus der Gewalt des Besitzers gelangte Sache befindet. Der Anspruch wird begründet durch den Grund-

kommt der Wahrheit am nächsten Zimmermann bei Gruchot 28 S. 812, der Streitbefangenheit annimmt, wenn die Klage gegen den Besitzer als solchen gerichtet ist. Nur ist hierbei zu beachten, dass die Eigentumsfeststellungsklage nicht durch den Besitz des Beklagten bedingt ist und dass Streitbefangenheit auch die Klagen aus solchen Rechten erzeugt, die gegen den Eigentümer als solchen gerichtet sind.

1) Aus der Hypothek entsteht kein Anspruch gegen den Besitzer als solchen, sondern nur gegen den Eigentümer (§ 1148).

2) Dieser zutreffende Ausdruck findet sich in § 76 CPO.; nur ist dort noch unter Beibehaltung der jetzt zu vermeidenden, früher allgemein gebräuchlichen Ausdrucksweise von der Klage statt von dem Anspruch die Rede. Vgl. oben § 48 Note 1.

3) Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 33f.

stücksbesitz [4]) und hat (im Gegensatz zu dem auf eine positive Leistung gerichteten Herausgabeanspruch) zum Inhalt lediglich ein Dulden: das Geschehenlassen der Aufsuchung und Wegschaffung.[5])

3. Dinglich und gegen den Besitzer als solchen gerichtet ist auch der Anspruch, der dem Eigentümer (§ 1004), dem Erbbauberechtigten (§ 1017) und dem Inhaber einer Dienstbarkeit (§§ 1029, 1065, 1090) [6]) auf Beseitigung eines beeinträchtigenden thatsächlichen Zustandes [7]) dann zusteht, wenn dieser in einer Anlage besteht, welche sich auf dem anderen Grundstück befindet. [8]) Dieser Anspruch hat einen positiven Inhalt und es ist irreführend, ihn als negatorischen Anspruch zu bezeichnen.[9])

Der Anspruch auf Unterlassung einer (zukünftigen) Beeinträchtigung wird nach §§ 1004 I, 1134 BGB. klageweise verfolgbar, wenn eine Beeinträchtigung stattgefunden hat, welche weitere besorgen lässt, nach der lex generalis des § 259 CPO. aber schlechthin, wenn die Besorgnis der Zuwiderhandlung begründet ist.[10]) Aus jenem — gegen jedermann begründeten — Anspruch entsteht also das prozessuale Klagrecht durch das Verhalten einer bestimmten Person. Natürlich ist es möglich, dass mehrere Personen durch ihr Verhalten die Besorgnis der Zuwiderhandlung begründen. Dann wird der Anspruch auf Unterlassung gegen diese mehreren Personen klageweise verfolgbar, so z. B. wenn der Verpächter fälschlich

4) Hat der Grundstücksbesitzer die Sache in Besitz genommen, so haftet er um so mehr, nunmehr aber mit dem Anspruch auf Herausgabe. Vgl. unten 342/3.

5) BGB. § 1005 Art der Zwangsvollstreckung im Falle des § 985: § 883 CPO., in unserem Falle: § 890 CPO. Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 350, 388f.

6) Für den Pfandgläubiger ist der Anspruch theoretisch möglich (§ 1227), praktisch aber wohl kaum von Bedeutung. Dem Hypothekar steht ein Anspruch nach Massgabe des § 1004 nicht zu, arg. § 1133.

7) Im Gegensatz zu den Ansprüchen auf Schadensersatz. Der dingliche Anspruch auf Beseitigung richtet sich auch gegen den Eigentümer des Grundstücks, welches die störende Anlage enthält. Vgl. § 47 Note 4a.

8) Wegen Beeinträchtigungen anderer Art (Zerstörung, Sachbeschädigung) kann nach der Natur der Sache ein Anspruch nicht gegen den Besitzer als solchen, sondern nur gegen den Thäter gerichtet sein.

9) Nennt man die Klage, welche den Anspruch (auf Beseitigung) geltend macht, die Eigentumsfreiheitsklage, so wird hierdurch die unrichtige Vorstellung nahe gelegt, dass die Klage auf Beseitigung der Beeinträchtigung zu einer Entscheidung über das Eigentum oder über das Nichtbestehen eines jus in re alinea führe. Das eine ist heute ebensowenig der Fall, wie das andere. (Vgl. Dernburg, BR. III § 124 u. m. Anspr. u. Klagr. S. 412f.)

10) Näher begründet in Anspr. u. Klagr. S. 388f.



eine Wegegerechtigkeit zu haben behauptet und den Pächter veranlasst, von ihr Gebrauch zu machen. Dann sind aber der Anspruch und das Klagerecht gegen den Einen nicht etwa deshalb begründet, weil sie gegen den Anderen begründet sind. Nun ist es aber denkbar, dass der Pächter das die Besorgnis begründende Verhalten des Verpächters fortsetzt.[11] In einem solchen Fall wird es angängig sein, der gegen den Verpächter ergangenen Verurteilung gegenüber dem Pächter oder sonstigen Nachfolgern im Besitz des Grundstücks, von welchem aus die zu unterlassenden Handlungen drohen, Wirksamkeit beizulegen, wenn sie nach Beginn der Rechtshängigkeit auch die Besorgnis der Zuwiderhandlung geben. Die Vollstreckung gegen die Nachfolger setzt (wie immer) einmal voraus, dass gegen sie eine vollstreckbare Ausfertigung des nicht auf ihren Namen lautenden Urteils erlangt ist; sodann ist erforderlich, dass gegen den Nachfolger vor seiner Zuwiderhandlung eine besondere Strafandrohung erlassen wurde, falls nicht bereits die ihm zugestellte Ausfertigung des Urteils eine solche enthält.[12])

II. Die dinglichen, gegen den Besitzer als solchen gerichteten Ansprüche, welche durch den Besitz erzeugt werden und durch dessen Fortdauer bedingt sind, haben demgemäss die Eigentümlichkeit, dass die Haftung des bisherigen Besitzers mit dem Wegfall des Besitzes aufhört[13]) und mit dem übertragenen Besitz auf den Besitznachfolger übergeht. Ferner erlöschen sie mit dem dinglichen Recht, welches sie erzeugte und auf dessen thatsächliche Verwirklichung sie gerichtet sind. Der Nachfolger im Besitze der „in Streit befangenen" Sache unterliegt also den bezeichneten Ansprüchen nicht, wenn infolge seines Erwerbs das dingliche Recht für den bisherigen Berechtigten unterging, sei es schlechthin,[14])

11) Beispiel: Der bisherige Alleinbesitzer hat das Nachbargrundstück widerrechtlich zur Überfahrt benutzt und ist deshalb auf Unterlassung verklagt (§ 259 CPO.). Nunmehr verpachtet er das Grundstück, für welches er widerrechtlich die Grundgerechtigkeit in Anspruch nimmt, und der Pächter setzt die Eingriffe in das Nachbargrundstück fort. Ist auf Feststellung der Eigentumsfreiheit und auf Beseitigung einer vorhandenen Beeinträchtigung geklagt, so ist es zweifellos, dass das der Klage stattgebende Urteil auch gegen den Pächter wirkt. Es handelt sich lediglich um die Frage, ob die (allein oder in Verbindung mit jener Feststellung ergangene) Verurteilung zur Unterlassung auch gegen den Nachfolger im Besitz wirkt.

12) CPO. § 727, 750, 890. — A. M. Kohler, Zeitschr. f. C. 12 S. 111 Note 23, der es für genügend erachtet, wenn der Nachfolger die Strafandrohung kennt.

13) Vorbehaltlich etwaiger Ansprüche auf Schadensersatz, welche den gewöhnlichen Regeln über das Erlöschen der Ansprüche folgen. Vgl. auch schon oben § 18 Note 26.

14) So z. B. bei den Ansprüchen aus Niessbrauch und Pfandrecht gemäss § 936 BGB.,

sei es so, dass der Besitzer selbst das den Anspruch erzeugende dingliche Recht auf Grund der Verfügung des Nichtberechtigten erwarb.[15])

Danach versteht es sich auch von selbst, dass in solchen Fällen die Feststellung der Herausgabepflicht des Vorbesitzers dem Nachbesitzer gegenüber insofern irrelevant ist, als trotz ihres früheren Bestehens für ihn keine solche besteht.[16])

c) Die Besitzansprüche.

§ 50.

α) Im allgemeinen.

Das BGB. kennt als Ansprüche, welche aus dem bestehenden oder früher bestandenen Besitzverhältnis entspringen, einerseits den Anspruch auf Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung (§ 867 BGB.), anderseits die Ansprüche auf Wiederherstellung des verloren gegangenen Besitzes und auf Beseitigung der Störung des Besitzes.

I. Der in § 867 BGB. normierte Anspruch wird auf Seite des Berechtigten dadurch begründet, dass die Sache sich bisher in seiner Gewalt befand; es ist irrelevant, ob dadurch, dass die Sache auf das fremde Grundstück gelangte, sein Besitz alsbald verloren ging oder sich einstweilen erhielt, weil der Berechtigte darauf rechnen kann, sich die Gewalt alsbald wieder zu verschaffen.

Verpflichtet zur Gestattung der Abholung ist der Besitzer des Grundstücks als solcher; geht sein Besitz auf einen Rechtsnachfolger (im Besitz) über, so tritt dieser auch in die bestehende Haftung ein. Das gegen den Vorbesitzer ergangene Urteil ist für und gegen den Rechtsnachfolger [1]) wirksam.

---

ferner dann, wenn das geltend gemachte Recht an fremdem Grundstücke nicht der zu seiner Erhaltung gegenüber gutgläubigen Erwerbern erforderlichen Eintragung (§ 892) genoss.

15) Vgl. oben § 18 Note 22, § 27 Note 20, § 40, IV bei Note 31. Vgl. auch S. 140 Note 12/3.

16) Das Urteil schafft auch ihm gegenüber Rechtskraft, aber nur darüber, dass der Besitzvorgänger herausgabepflichtig war. Über die Folge, welche dies gegenüber dem gutgläubigen unentgeltlichen Erwerber hat, vgl. oben § 29, I. Über die Veräusserung während der Rechtshängigkeit vgl. oben § 25, IV.

1) Nicht gegenüber solchen Nachbesitzern, die es nicht sind. Zu den Nachfolgern gehört insbesondere auch der Unterbesitzer, der es nach Beginn des Prozesses wurde

Hat der Grundstücksbesitzer die Sache in Besitz genommen,[2] so wird er dadurch nicht haftfrei, sondern seine Verpflichtung steigert sich, indem er nunmehr nicht nur die Abholung zu dulden hat, sondern die Sache „herausgeben" muss. Der § 867 BGB. bleibt nunmehr insofern ausser Betracht, als von Schaden, der durch die Aufsuchung entstehen könnte, nun nicht mehr die Rede sein kann. Wendet der verklagte Grundstücksbesitzer ein, dass er die Sache in Besitz genommen habe, so wäre es geradezu ein Widersinn, wenn in diesem Fall die Klage als unbegründet abgewiesen werden müsste. Vielmehr braucht nun der Kläger seinen Klagantrag nur auf die Verurteilung zur Herausgabe zu erweitern.[3] Die erweiterte Haftung des Beklagten ergibt sich aus den zugestandenen Thatsachen in Gemässheit des § 1007 II, während § 861 ff. ausser Betracht bleiben, weil eine Eigenmacht nicht vorliegt.

II. Der wegen eigenmächtiger Entziehung des Besitzes in § 861 BGB. statuierte Anspruch[4] hat mit dem Anspruch, der durch § 1007 im Falle des unfreiwilligen Besitzverlustes[5] gegeben wird, das gemeinsam, 1. dass für beide das heute jedem Besitzer[6] zustehende Besitzrecht[7] (im Gegensatz zu dem „dinglichen" Recht an der Sache und zu dem obligatorischen Recht auf Einräumung des Besitzes) die Grundlage des Anspruchs bildet, 2. dass der Inhalt des Anspruchs in beiden Fällen die

2) Hat es ein Anderer gethan, so erlischt der gegen den Grundstücksbesitzer gerichtete Anspruch.

3) Vgl. CPO. § 268 Nr. 3.

4) In dem Sprachgebrauch, welcher die Klage nennt, wo der materielle Anspruch im Hinblick auf seine klageweise Verfolgbarkeit gemeint ist: die Besitzklage (z. B. Lehmann, BR. II § 24, Endemann, Lehrb. III § 44) oder Besitzschutzklage (Gierke, Fahrnisbes. S. 15, 66). Cosack III § 190 spricht vom possessorischen Besitzanspruch.

5) Die Klage aus früherem Besitz, petitorische Besitzrechtsklage (Gierke a. a. O. S. 46f.), der petitorische Besitzanspruch (Cosack II § 191), die Besitzrechtsklage des Fahrnisbesitzers (Lehmann, BR. II § 214).

6) Also auch dem Mieter, dem Verwahrer und sonstigen Unterbesitzern, die kein dingliches Recht an der Sache haben und deshalb als Klagberechtigte aus den dinglichen Ansprüchen nicht in Betracht kommen können.

7) Im Sinne des Rechts, welches die Folge des vom Gesetz ebenfalls unter dem Namen Besitz bestimmten Thatbestandes ist. Es ist seiner Natur nach gerade so gut als dingliches Recht zu bezeichnen, wie die in dem gewöhnlichen Sprachgebrauch allein mit diesem Namen belegten Rechte. Vgl. die zutreffende Ausführung von Cosack, Lehrb. II § 189, nam. I, 1—3. Man denke auch an die Aussonderungskraft der Besitzansprüche.



Herausgabe[8]) des Besitzes ist[9]) und 3. dass in beiden Fällen das Urteil nur über das Recht, kraft des früheren Besitzes Herausgabe zu verlangen, entscheidet. Es entscheidet in keinem der beiden Fälle über das Eigentum oder sonstige Rechte zum Besitz und nicht einmal über die aus solchen Rechten fliessenden Ansprüche auf Herausgabe des Besitzes. In beiden Fällen präjudiziert das Urteil dem „Petitorium", d. h. dem Prozess, in welchem über Eigentum oder andere Rechte an der Sache und Ansprüche aus ihnen oder aus Miet- oder anderen persönlichen Rechtsverhältnissen gestritten wird, nicht.

Dies ist der springende Punkt und deshalb muss auf ihn noch etwas näher eingegangen werden. Eine verbreitete Meinung findet einen wesentlichen Unterschied zwischen den beiden Ansprüchen darin, dass der auf § 1007 BGB. gestützte „petitorisch" sein und sonach auf „endgültige" (nicht bloss auf vorläufige) Herausgabe der Sache gehen soll,[10]) dass „die Besitzrechtsklage als petitorische zugleich Anlass zur Entscheidung der Rechtsfrage gebe".[11]) Die hieraus mit Notwendigkeit sich ergebende Konsequenz wird von Gierke mit aller Bestimmtheit gezogen. Er lehrt, dass das Urteil im Besitzrechtsprozess dem Anspruch aus dem Rechte selbst präjudiziere (S. 65). Laute es auf Herausgabe, so stehe rechtsfräftig fest, dass der Beklagte dem Kläger gegenüber kein Recht auf den Besitz habe; denn der Beklagte habe ja in dem Prozess jedes bessere Recht auf den Besitz geltend machen können. Bei Abweisung des Klägers soll das Urteil der Klage aus dem Rechte selbst bald entgegen-

8) § 1007 I sagt: Herausgabe der Sache, § 861 aber: Wiedereinräumung des Besitzes. Das ist dasselbe. Denn auch im Falle des § 1007 war der Berechtigte früher schon einmal Besitzer.

9) Aus § 851 BGB. geht zweifellos hervor, dass der Anspruch auf Ersatz wegen Entziehung oder Beschädigung (einschliesslich der Nutzungen) nur dem an der Sache Berechtigten (wozu hier auch der Mieter zu zählen ist, wie Kipp bei Windscheid II S. 895 zutreffend bemerkt) nach dem Umfange des von jedem erlittenen Schadens zusteht. Die Verweisung des § 1007 III auf die §§ 986—1003 kann also unmöglich den Sinn haben, dass persönliche Ansprüche wegen Beschädigung u. s. w. dem Besitzer ohne Rücksicht darauf, ob er an der Sache berechtigt ist, zustehen. Aber wie der Schuldner durch gutgläubige Zahlung an den früheren Besitzer befreit wird, so kann dieser auch den Ersatz verlangen, ohne beweisen zu müssen, dass er als Eigentümer u. s. w. besass. Es ist Sache des Schuldners, den Gegenbeweis zu führen. Dass er den Kläger mit dem Beweise seines eigenen Eigentums zurückschlägt, folgt übrigens direkt aus dem Gesetz (§ 1007 II) selbst.

10) So Gierke, a. a. O. S. 65.

11) So Lehmann, BR. S. 73 a. E.

stehen, bald nicht; die Frage, ob über das (petitorische) Besitzrecht selbst entschieden sei, soll sich nach der Verteidigung des Beklagten, also nach den Gründen der Entscheidung bestimmen.[12]) — Allein dieses Ergebnis wird auf einem Wege gewonnen, der meines Erachtens gegen die Prinzipien unseres heutigen Prozessrechts verstösst. Die Rechtskraft tritt nur insoweit ein, als über den Klaganspruch entschieden ist. Welches dieser ist, bestimmt sich lediglich aus dem Vorbringen des Klägers in der Klagschrift oder in der mündlichen Verhandlung (Klagänderung); ob und wie der Beklagte sich verteidigte, ist irrelevant; die Rechtskraft des Versäumnisurteils ist dieselbe, wie die des kontradiktorischen Erkenntnisses. Gegenrechte, aus denen der Beklagte eine Einrede vergeblich zu begründen versucht hat oder hätte entnehmen können, werden als Einreden präkludiert, mögen sie vorgebracht sein oder nicht; ihre klagweise Geltendmachung aber wird nicht ausgeschlossen. Zudem ist zu beachten, dass auch in dem Prozesse wegen Eigenmacht die Berufung des Beklagten auf sein Eigentum und sonstige Rechte keineswegs ausgeschlossen, sondern nur nach Massgabe des § 863 BGB.[13]) und des § 864 II BGB.[14]) beschränkt zugelassen ist. Und doch ist es noch von keiner Seite in Abrede gestellt, dass die Entscheidung in dem wegen Eigenmacht geführten Prozess niemals dem Petitorium präjudiziert.[15])

Unser Resultat ist also, dass die im Prozesswege erzwungene Wiedererlangung des Besitzes ebenso wie die freiwillig gewährte Restitution stets nur zu einem Provisorium führt. Einen dauernden Wert hat

---

12) Ebenso, wenn auch weniger bestimmt, Lehmann, BR. III § 73 a. E. (Rechtskraft „soweit, als über die anderweiten petitorischen Ansprüche bereits in dem Besitzrechtsstreit entschieden ist").

13) Man denke an das Perklusionsrecht des Vermieters bezüglich der Pfandsachen (§ 561), Dernburg, BR. III § 28 Note 2, 3.

14) Mit Recht bemerkt Kipp bei Windscheid I S. 737 Nr. 6, dass ein Recht zum Besitz auch dann behauptet werden kann, wenn das es anerkennende Urteil vor der Entziehung rechtskräftig geworden ist.

15) Gegen Gierke hat sich Dernburg, BR. III § 124 Nr. 7 erklärt, obwohl auch er in der Klage auf Grund des § 1007 eine Klage „petitorischer Art" sieht. Ebenso lehnt Endemann, Lehrb. III § 46 a. E. den Hauptsatz Gierkes ab, glaubt aber gleichwohl Gierke als „im Ergebnis übereinstimmend" bezeichnen zu dürfen. In eklatanten Widersprüchen bewegt sich Miethke, Wesen und Umfang der Klage aus § 1007 BGB. S. 37/8, indem er einerseits die „petitorische Besitzrechtsklage" als ein Mittel zur endgültigen Regelung des Besitzverhältnisses bezeichnet, anderseits aber dem Besiegten die Möglichkeit verstattet, dieses Ergebnis durch die Eigentumsklage umzustossen.



sie nur dann, wenn dem Kläger, der die Herausgabe erstritt, ein Recht an der Sache zusteht.

III. Der Unterschied zwischen dem sog. petitorischen und dem possessorischen Besitzanspruch liegt meines Erachtens lediglich darin, dass § 1007 BGB. bei jedem unfreiwilligen[15a]) Verlust des Besitzes einer beweglichen Sache Platz greift, § 861 aber nur bei eigenmächtiger Entziehung, sowie darin, dass § 861 sich sowohl auf bewegliche, wie auf unbewegliche Sachen bezieht. Bei beweglichen Sachen fällt aber die Eigenmacht stets auch unter die weitere Norm des § 1007, da der Verlust des Besitzes durch solche Entziehung stets ein unfreiwilliger und zwar ein Abhandenkommen im Sinne des § 1007 Absatz 2 ist.

Sonach handelt es sich in § 861 um denselben Thatbestand, der unter mehrere Gesetzesbestimmungen fällt, also um Gesetzeskonkurrenz, nicht um die Konkurrenz mehrerer auf dieselbe Leistung gerichteter Ansprüche.[16]) Der Ort, an welchen die Bestimmung des § 1007 gehört hätte, wäre die Lehre vom Besitz, um dessen Schutz es sich ausschliesslich handelt, gewesen,[17]) und die fehlerhafte Stellung des § 1007 (in der Lehre vom Eigentum) darf uns nicht hindern, den inneren Zusammenhang aufzudecken.

IV. Der in § 1007 BGB. geregelte Thatbestand ist der weitere. Die §§ 861 ff. sind die lex specialis und sie finden deshalb in erster Linie insoweit Anwendung, als ihre Voraussetzungen gegeben sind. Diese bestehen insbesondere darin, dass Eigenmacht verlangt wird und dass sie in der Zeit des letzten Jahres vor der Klagerhebung stattgefunden

15a) Einen solchen bewirkt für den Oberbesitzer auch die unbefugte Übertragung des Besitzes durch den Unterbesitzer, also nicht nur die Unterschlagung, sondern auch die Weiterverleihung durch den Kommodatar, die Veraftermietung ohne Zustimmung des Vermieters oder über die Mietzeit des Veraftermietenden hinaus. Ein derartiger Besitzverlust erzeugt den Besitzanspruch allerdings nur bei Schlechtgläubigkeit des Erwerbers (vgl. unten S. 351).

16) Vgl. näher Anspr. u. Klagr. § 13. Allgemein wird Anspruchskonkurrenz angenommen, so besonders von Gierke S. 65f., der eine Verbindung der Klage aus beiden Ansprüchen nur wegen des — inzwischen beseitigten — Verbots des § 232 II CPO. (alt. F.) für unzulässig erklärt. Es handelt sich um eine Streitfrage, die analog zu der ist, ob es neben dem Erbschaftsanspruch (wohl zu unterscheiden von der Erbrechtsfeststellungsklage) noch selbständige Einzelansprüche (§ 2029) gibt. Dass auch hier nur eine Gesetzeskonkurrenz vorliegt, habe ich in Anspr. u. Klagr. S. 53f. nachzuweisen versucht.

17) Richtig ist es deshalb, wenn Cosack, Lehrb. II § 191 den sog. petitorischen und possessorischen Schutz im Zusammenhang behandelt; ebenso Endemann, Lehrb. § 46.



haben muss. Die Besonderheit, welche unter dieser Voraussetzung stattfindet, ist, dass das „Recht zum Besitze“ [18]) in der Regel [19]) ebensowenig verteidigungsweise geltend gemacht werden kann, wie der Mangel des Besitzanspruchs, der sich daraus ergibt, dass der Kläger schlechtgläubiger, aber nicht fehlerhafter Besitzer (gegenüber dem Beklagten § 861 II) ist. Schafft die Durchsetzung des Besitzanspruchs stets ein im Petitorium wieder zu beseitigendes Provisorium, so ergibt sich aus dem Gesagten hinwiederum die Möglichkeit, dass vor Herstellung des Provisoriums nochmals wieder ein Interemistikum geschaffen werden kann, welches möglicherweise durch einen zweiten Besitzanspruchsprozess bestätigt oder geändert wird. [20])

Sehen wir von solchen besonderen Fällen ab, so ergibt sich, dass der Besitzanspruch, soweit § 861 zur Anwendung kommt, gewisse Besonderheiten in Beziehung auf die prozessuale Art seiner Durchsetzung zeigt.

Habe ich mit der Behauptung, dass der Kläger mir vor 1/2 Jahr eigenmächtig den Besitz meines Hundes entzogen habe, auf Herausgabe geklagt, so vermag kein Mensch zu sagen, ob der Anspruch aus § 861 oder aus § 1007 erhoben ist. Es ist eben der eine Anspruch wegen unfreiwilligen Besitzverlusts und es werden nicht dadurch zwei Ansprüche, dass der Kläger die §§ 861 und 1007 citiert. Verteidigt sich der Beklagte damit, dass er der Eigentümer sei, so ist diese Einrede ausgeschlossen (§ 863), da Eigenmacht vorliegt und die einjährige Frist

18) Das Gesetz (§ 863) sagt nicht: „Recht an der Sache“. Zu den in dem Eigenmachtsverfahren ausgeschlossenen Einwendungen gehört deshalb auch das Recht auf den Besitz, welches für den früheren Besitzer (den jetzigen Kläger) deshalb begründet ist, weil er den Besitz unfreiwillig, aber nicht durch Eigenmacht des Klägers, dem er selbst sie fortgenommen hat, verlor. Vgl. das gute Beispiel bei Endemann, Lehrb. II § 46 Note 22. Vgl. Note 20.

19) Ausnahmen s. oben Note 13, 14.

20) So in dem in Note 18 bezeichneten Fall: Ich verliere eine Sache, F findet sie und verkauft sie an K. Hier habe ich den Besitzanspruch gegen K (§ 1007). Nehme ich sie aber dem K eigenmächtig fort, so zwingt er mich gemäss § 861 zur Herausgabe und meinerseits kann ich nunmehr gegen ihn vorgehen. Dass aus § 861 und § 1007 nicht zwei koordinierte Ansprüche hervorgehen können, erhellt besonders deutlich, wenn ich widerklagend gegen ihn vorgehe. Der Besitzanspruch kann nur einem von uns beiden zustehen und das bin ich. Lässt mein Gegner die Jahresfrist (§ 861 II) verstreichen, so fällt die Möglichkeit für ihn, sich unter der Behauptung eines Besitzanspruchs interimistisch in den Besitz zu setzen, fort. Mein aus dem älteren, unfreiwillig verlorenen Besitz fliessendes Recht auf Wiedererlangung ist realisiert und der jetzige Zustand kann nur petitorisch geändert werden.

des § 864 gewahrt ist. — Habe ich mit der Behauptung, der Beklagte habe mir vor $1^1/_2$ Jahren eigenmächtig ein Grundstück und mehrere bewegliche Sachen entzogen, auf Herausgabe geklagt und Versäumnisurteil beantragt, so ist der Anspruch wegen des Grundstücks als unbegründet abzuweisen, da der Besitzanspruch in Beziehung auf Immobilien in einem Jahre erlischt (§ 864), im übrigen aber ist der Beklagte zu verurteilen, da wegen § 864 zwar die Besonderheiten der §§ 861, 863 ausser Betracht bleiben, die Herausgabe aber trotzdem geschuldet wird. — Leugnet der Beklagte die Eigenmacht und behauptet er eventuell Eigentum und ergibt die Beweisaufnahme, dass Eigenmacht innerhalb des letzten Jahres stattgefunden hat, so ist er sofort zu verurteilen, da § 863 Anwendung findet. Ergibt aber die Beweisaufnahme, dass der Kläger die Sache verloren hatte und dass darauf erst der Beklagte sie sich aneignete, so fallen die prozessualen Eigentümlichkeiten, welche gelten, wenn Eigenmacht vorliegen würde (§ 863), fort; aber der Besitzanspruch erscheint trotzdem begründet und es ist nun der angebotene Beweis über das Eigentum zu erheben. Dabei ist es ganz gleichgültig, ob die Parteien die einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen citiert haben oder nicht. Denn die Rechtsanwendung auf die vorgebrachten Thatsachen ist Aufgabe des in dieser Beziehung völlig souveränen Richters.[21]) Gerade deshalb aber kehrt sich die Rechtskraft auch gegen den Kläger. Hat er aus einem Thatbestande mit der Behauptung, dass er Eigenmacht enthalte, auf Herausgabe geklagt und sich auf § 861 BGB. berufen, so hindert ihn die unter Verneinung der Eigenmacht erfolgte Klagabweisung, nochmals Klage auf § 1007 BGB. zu erheben mit der Behauptung, jener Thatbestand qualifiziere sich als Abhandenkommen. Ist dies der Fall, so hätte der Richter, da er den Thatbestand unter allen rechtlichen Gesichtspunkten prüfen muss, nicht abweisen dürfen; hat er es gethan, so musste der Kläger Rechtsmittel ergreifen; seine Fehler in der Prozessführung kann er aber nicht durch eine contra rem judicatam verstossende Klagewiederholung gut machen.[22]) — Ist auf Grund behaupteter Eigenmacht die auf § 861 gestützte Klage auf Herausgabe anhängig, so

21) Wird wegen Eigenmacht geklagt und stützt sich der Kläger ausdrücklich nur auf § 1007, so wird hierin der Verzicht auf die Besonderheiten des Anspruchs liegen, welche im Interesse des Klägers statuiert sind. Ein solcher Verzicht ist trotz der kategorischen Fassung des § 863 zulässig.

22) Vgl. näher Anspr. u. Klagr. S. 109, insbesondere bezüglich der Fragen nach der Klagänderung.



steht die Einrede der Rechtshängigkeit einer Klage entgegen, die auf Grund desselben Thatbestandes Herausgabe mit Berufung auf § 1007 verlangt.

§ 51.

β) Wirkung des im Besitzprozess ergangenen Urteils gegen den Erwerber.

I. Nachdem in § 50 die hier vertretene Ansicht über das Verhältnis der §§ 861 und 1007 in der durch den Zweck unserer Untersuchung gebotenen Kürze dargelegt ist, haben wir die Grundlage gewonnen, auf welcher nunmehr die Frage beantwortet werden kann, ob der Erwerber einer Sache, bezüglich deren einem Dritten ein Besitzanspruch zusteht, in die gegenüber dem Vorgänger begründete Herausgabepflicht nachfolgt. Davon hängt die Antwort auf die Frage ab, ob das Urteil, welches in dem Prozess über den Besitzanspruch ergangen ist, gegenüber dem Erwerber rechtskräftig und (im Falle der Verurteilung des veräussernden Beklagten) vollstreckbar ist.[1])

Wir fassen zunächst den Fall in das Auge, dass der Besitzanspruch auf Grund der lex generalis des § 1007 erhoben war und untersuchen im Anschluss hieran in § 52 den besonderen Fall, wenn wegen Eigenmacht auf Herausgabe des Besitzes geklagt wurde.

II. Dass die Erhebung der actio Publiciana ebenso wie die rei vindicatio die herausverlangte Sache zur res litigiosa mache und dass das Urteil gemäss § 236 III (alter Fassung) gegenüber ihrem Erwerber wirksam sei, ist in der bisherigen Litteratur allgemein anerkannt.[2]) Dasselbe muss von der Klage aus § 1007 gelten.[3])

1. War die Klage darauf gestützt, dass die Sache dem Kläger[4]) abhanden gekommen war, so trifft die Herausgabepflicht im allgemeinen auch den gutgläubigen Erwerber, mag er die Sache zu alleinigem Besitz oder mag er sie als Unterbesitzer des bisherigen Besitzers

1) Im Sinne des § 265 CPO. und der in Beziehung auf den § 665 der bisherigen CPO. gepflogenen Erörterung lautet die Frage: Begründen die Besitzklagen die Streitbefangenheit der Sache?

2) Vgl. die Kommentare zu § 236 a. F., ferner Schultze, Vollstreckbarkeit S. 79.

3) Ebenso Eccius II § 165 bei Note 1 bezüglich der verwandten Klage des preuss. ALR. I 7 § 161 f. Zustimmend Schultze S. 80.

4) Im Falle des mittelbaren Besitzers: dem Unterbesitzer.

erhalten haben. Da also der Erwerber als Nachfolger im Besitz auch in die durch ihn begründete Herausgabepflicht eintritt,[5]) so erstreckt sich auf ihn nach § 325 I CPO. auch die Rechtskraft, falls die Succession nach Beginn der Rechtshängigkeit stattgefunden hat.

Aber ebenso wie das Urteil über den Eigentumsanspruch dem Erwerber nicht schadet, wenn er zwar den Besitz, aber nicht das Eigentum von dem Vorbesitzer ableitet[6]) oder wenn er die streitige (nicht abhanden gekommene) Sache gutgläubig erworben hat oder wenn er das Eigentum trotz dieser Fehlerhaftigkeit der Sache nachträglich (durch Ersitzung) erlangte, so gilt das entsprechende auch hier. Es verstösst nicht contra rem judicatam, wenn er trotz der Verurteilung des Vorbesitzers geltend macht, dass er Eigentümer (also nicht herausgabepflichtig) sei, sei es, weil er schon Eigentümer war, ehe sie in den Besitz des Klägers gelangte,[7]) sei es, weil es sich um gutgläubig erlangtes Geld oder um Inhaberpapiere handelt[8]) oder weil er die Sache in öffentlicher Versteigerung erworben hat.[9]) Ebenso verstösst es nicht contra rem judicatam, wenn der Erwerber der streitigen Sache ein besseres Besitzrecht geltend macht, weil er selbst früher als der Kläger im Besitz der Sache gewesen und diese ihm abhanden gekommen sei.[10]) Die Beweislast hat der Erwerber. Ist die Klausel gemäss § 727 gegen ihn erteilt, so muss er Widerspruchsklage (§ 767 ff. CPO.) erheben.

---

5) Vgl. oben § 48.

6) Vgl. oben S. 140 Note 12, 13, S. 342 Note 15.

7) Beispiel: Dem jetzigen Besitzer wurde die Sache gestohlen; dann ist sie in die Hände des gutgläubigen Klägers gelangt, dem sie von dem Beklagten weggenommen wurde; der Beklagte hat sie dann nach dem Prozessbeginn dem jetzigen Besitzer eingehändigt. — Es wäre denkbar, dass der Kläger die gestohlene Sache ersessen hatte, ehe sie ihm von dem Beklagten fortgenommen wurde. Macht nun der jetzige Besitzer geltend, dass er der Eigentümer sei, so kann der Kläger sich auf die Vollendung der Ersitzung berufen, um die Behauptung des jetzigen Besitzers (vgl. § 1006 I BGB.) zu widerlegen. Eine Klagänderung ist dies nicht; sie läge nur dann vor, wenn er seinen Herausgabeanspruch auf sein Eigentum stützen würde. Hier widerlegt er aber nur den Einwand des jetzigen Besitzers. Wir haben hierbei vorausgesetzt, dass der Kläger gemäss § 731 CPO. auf Erteilung der Vollstreckungsklausel geklagt hat.

8) § 1007 II Satz 2.

9) § 1107 II Satz 1 („es sei denn, dass dieser Eigentümer ist") in Verbindung mit § 935 II BGB.

10) § 1007 II Satz 1 a. E. (vgl. das Beispiel in § 50 Note 20). Gegen die Rechtskraft würde er verstossen, wenn er behaupten würde, der Beklagte (sein Vorgänger) sei älterer Besitzer als der Kläger gewesen. Dies wäre Nachholung einer Einwendung, die der Beklagte hätte machen können und zur Vermeidung der Präklusion hätte machen müssen. In allen den m Text behandelten Fällen trifft dies aber nicht zu.

2. Handelt es sich um den in § 1007 Absatz 1 geregelten Anspruch, ist also der Besitz zwar unfreiwillig verloren,[11]) ist aber die Sache doch nicht gestohlen, verloren oder abhanden gekommen,[12]) so geht die gegen den Beklagten begründete Herausgabepflicht auf den Erwerber nicht über und deshalb schadet ihm auch die Verurteilung des Beklagten zur Herausgabe nicht, wenn er 1. bei dem Erwerbe im guten Glauben (§ 932 II) an die Verfügungsmacht des Beklagten war und 2. auch die Rechtshängigkeit des gegen seinen Rechtsvorgänger erhobenen Besitzanspruchs nicht kannte und nicht kennen musste. Kannte er diesen oder jenen Umstand oder war ihm ein solcher infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt,[13]) so schadet ihm auch die Rechtskraft und der Kläger kann gemäss §§ 727, 731 CPO. verfahren.

Auch hier kehrt die Frage wieder, wie es sich verhält, wenn der Erwerber zwar gutgläubig war, aber unentgeltlich erworben hat.[14]) Sie ist meines Erachtens in derselben Weise, wie früher (§ 29, I) bei anderen analogen Fällen dargelegt wurde, zu beantworten: der gutgläubige Erwerber haftet nicht mit dem Besitzanspruch, da dieser bösen Glauben voraussetzt; aber da infolge der Verfügung des Beklagten, der nicht zum Besitz berechtigt war, der Anspruch des Klägers untergegangen ist, so haftet der Erwerber gemäss § 816 I Satz 2 BGB. auf Herausgabe des Erlangten — das ist hier der Besitz — nicht minder, als der Dritte auf Übertragung des Eigentums, wenn er dieses durch die Verfügung des Nichtberechtigten erlangte.[15]) Dass gegen den Vorgänger der Besitz-

11) „Nicht aufgegeben“, wie es § 1007 III verlangt.

12) Es handelt sich also um die Fälle, in denen der Unterbesitzer, dem die Sache anvertraut wurde, sie in dritte Hände gelangen lässt (vgl. § 50 Note 15a). Wird die Sache ihm gestohlen, verliert er sie oder kommt sie ihm abhanden, so erwächst für ihn selbst und für den Oberbesitzer der Besitzanspruch aus § 1007 Abs. 2, für den Oberbesitzer als Anspruch auf Herausgabe an den Unterbesitzer, es sei denn, dass dieser den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will (§ 986 I verbunden mit § 1007 III).

13) Die Beweislast hat der Kläger hier ebenso, als wenn ein Dritter die infolge der Klage aus dem Eigentumsanspruch litigiöse Sache erworben hat (vgl. oben § 27 Note 24). — Ausführlicher ist auf die ganz analoge Frage nochmals in § 52 S. 355 f. einzugehen.

14) Darunter fällt allemal derjenige Dritte, der die Sache fiduciarisch und ohne eigenes Interesse erworben hat. Vgl. oben § 42 nach Note 22.

15) Besitz- und Eigentumserwerb werden hier in der Regel zusammenfallen. Aber im Besitzprozess bleibt für den Kläger sein Eigentum als Klagfundament ausser Betracht. — Der Romanist wird bei den im Text behandelten Fällen an diejenigen denken, in denen der frühere Eigentümer, der mit der actio Publiciana klagt, mit ihr gegen den Beklagten durchdringt, obwohl dieser das Eigentum erworben hat. Vgl. Windscheid I § 199 Note 14 c. cit.

anspruch begründet war, kann der gutgläubige Erwerber als der Rechtsnachfolger des Beklagten nicht bestreiten.[16])

Ein praktisch wichtiger Anwendungsfall der Geltendmachung des Besitzanspruchs liegt darin, dass der Oberbesitzer von dem nicht oder nicht mehr zum Besitz berechtigten Besitzmittler Herausgabe der Sache verlangt.

Dass in einem solchen Falle der Anspruch aus § 1007 I nach dem Sinne des Gesetzgebers begründet ist, wird dadurch bewiesen, dass § 1007 III den § 986 für entsprechend anwendbar erklärt: der Besitzanspruch besteht ebenso für den älteren Besitzer[17]) gegen seinen Besitzmittler, wie für den Eigentümer; und wie diesem dann, aber auch nur dann eine Einrede (im Sinne des BGB.) entgegengesetzt werden kann, wenn der Beklagte oder sein Oberbesitzer dem klagenden Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist, so gilt dasselbe bei der Klage aus § 1007. Sonach haben der Vermieter und Verleiher[18]) gegen den Mieter und Entleiher zwar den Anspruch aus § 1007; aber wenn sie vor Ablauf der Mietzeit klagen, so steht ihnen eine (aufschiebende) Einrede entgegen. Hat der Beklagte von einem Anderen, als dem Kläger gemietet und ist dieser Andere als Gutgläubiger dem Kläger gegenüber zeitweise zum Besitze berechtigt,[19]) so steht dem Beklagten auch gegen den Kläger die aufschiebende Einrede zu. Ist aber das Miet- oder Leihverhältnis des Oberbesitzers des Beklagten beendigt, oder ist dieser dem Kläger gegenüber zum Besitz überhaupt nicht berechtigt,[20]) so kann auch der Beklagte, der die Sache als Unterbesitzer dieses Oberbesitzers

---

16) Prozessual liegt keine Replik, sondern eine Klagänderung vor, wenn der Kläger, der von dem Erwerber kraft des Besitzanspruchs Herausgabe verlangt hat, auf dessen Einwendung des gutgläubigen Erwerbs mit der Berufung auf § 816 I Satz 2 erwidert. Vgl. oben § 29 bei Note 3, 4.

17) Sowohl dann, wenn er vor der Hingabe der Sache an den Unterbesitzer Eigenbesitzer war, wie dann, wenn er selbst wieder Unterbesitzer (z. B. Mieter) war.

18) Falls sie gutgläubige Besitzer sind, arg. § 1007 III. (Wir sprechen hier nicht von dem Vertragsanspruch.)

19) Z. B. als Niessbrauchs- oder Mietbesitzer. Ist der Andere gutgläubiger Eigenbesitzer, so hat der Kläger einen Besitzanspruch weder gegen den Ober-, noch gegen den Unterbesitzer.

20) So der Beauftragte (§ 667) sowie sonstige Geschäftsbesorger (§ 675) und der Verwahrer (§ 695). Der Verleiher kann, falls die Sache einem Dritten unbefugt überlassen ist, deshalb kündigen (§ 605 Nr. 2, § 604 IV) und damit die bis dahin begründete Einrede hinfällig machen.



besitzt, eine Einrede gegen den älteren Besitzer nicht begründen.[21]) Hat er gutgläubig angenommen, der Andere sei zur Vermietung, zur Verleihung u. s. w. befugt gewesen, so nützt ihm dies gegenüber dem Besitzanspruch ebensowenig, wie gegenüber dem Eigentumsanpruch.[22])

Hieraus ergibt sich für die Rechtkraftlehre folgendes. Klagt der Oberbesitzer gegen den Unterbesitzer auf Herausgabe der diesem vermieteten oder sonstwie anvertrauten Sachen, so liegt in der Anführung dieser Thatsachen und in dem Antrag, den Beklagten zur Herausgabe zu verurteilen, ein Vorbringen, welches den Richter nötigt, den behaupteten Anspruch sowohl als Vertragsanspruch, wie als Besitzanspruch (aus § 1007) zu prüfen.[23]) Mit anderen Worten: es liegt eine Klagenhäufung, eine Kumulation jener beiden Ansprüche vor, was nicht etwa deshalb bestritten werden könnte, weil der Kläger die rechtlichen Gesichtspunkte nicht hervorgehoben hat.[24]) Hieraus folgt aber weiter: der Vertragsanspruch macht die Sache nicht zur streitbefangenen, wohl aber der Anspruch aus § 1007, ebenso wie der etwa konkurrierend erhobene Eigentumsanspruch. Und deshalb[25]) wird das Urteil gegen den Unter-

21) Bestätigend § 556 III, § 604 IV.

22) Ist ihm die Sache von dem dem Besitzanspruch unterliegenden Besitzer verpfändet oder zu Niessbrauch übergeben, so braucht er die Sache, falls sie nicht etwa gestohlen oder verloren war, nicht herauszugeben, aber die gemäss §§ 1207 und 1032 unanfechtbare Rechtsstellung schliesst nicht, wie der in § 1007 II mit Recht allein genannte Eigentumserwerb, den Anspruch des älteren Besitzers aus, sondern erzeugt nur eine aufschiebende Einrede. Nicht entgegen §§ 1058 und 1248 BGB. und § 372 HGB., welche unsere Frage nicht berühren. Das Retentionsrecht, welches der Dritte gegen den Beklagten hat, kommt gegenüber dem Kläger nicht in Betracht.

23) Würde der Beklagte die Abweisung deshalb beantragen, weil der abgeschlossene Mietvertrag nichtig sei, so würde der Richter, falls dies auch feststände, verurteilen müssen. Denn der Anspruch aus § 1007 wäre begründet.

24) Vgl. näher Anspr. u. Klagr. S. 106/7. Hat der Kläger auch noch angeführt dass er der Eigentümer der anvertrauten Sache sei, so ist der Eigentumsanspruch (nicht: der Antrag auf Feststellung des Eigentums) als dritter konkurrierender Anspruch erhoben. Die Leistung ist in allen drei Fällen dieselbe. Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 93f.

25) Die Behauptung des Textes habe ich bereits in m. Vertr. S. 422/3 aufgestellt. Im Resultat übereinstimmend Plancks Komm.Erl. 3 zu § 604, aber mit der unhaltbaren Begründung, dass § 604 III den Vertragsanspruch auf den Dritten erstrecke und so zu einer actio in rem scripta mache. Dann würde also der Hinterleger, zu dessen Gunsten eine Bestimmung fehlt, die von dem Depositar verliehene Sache von dem Dritten nicht zurückfordern können und würde die Verurteilung gegen ihn nicht wirksam und vollstreckbar sein! Unsere Auslegung vermeidet jene unmögliche Konstruktion und befriedigt das praktische Bedürfnis im vollsten Masse. (Für das preuss. ALR. vgl. Eccius II § 156 Note 100 [verneinend]). — Über

besitzer, an den der Beklagte die Sache nach Beginn der Rechtshängigkeit überlassen hat, rechtskräftig und vollstreckbar, und zwar nach den obigen Ausführungen auch dann, wenn er im guten Glauben war. Denn die bona fides schützt zwar den Erwerber von Eigentum, Niessbrauch und Pfandrecht, nicht aber den Mieter und andere Unterbesitzer.

§ 52.

γ) Fortsetzung (Wirkung des im Besitzprozess ergangenen Urteils gegen den Erwerber). BGB. § 861.

Wir gelangen nunmehr zu der Frage, welche Wirkung ein Urteil gegen den Rechtsnachfolger des Beklagten hat, wenn über einen durch Eigenmacht im Sinne des § 861 begründeten Besitzanspruch [1]) geurteilt worden ist. Wir denken dabei zunächst nur an den Fall, dass die Eigenmacht in Beziehung auf ein Grundstück begangen ist und werden erst nach Erledigung dieses Falls die Frage stellen, welche Wirkung der Besitzprozess über bewegliche Sachen auf Dritte hat.

I. Ansprüche wegen eigenmächtiger Entziehung des Besitzes einer Liegenschaft gehen zweifellos auf den Erben des Thäters über. Dabei ist aber vorausgesetzt, dass der Erbe den Besitz des entzogenen Grundstücks erlangt hat (§ 857). Denn wenn der Erblasser den Besitz zur Todeszeit nicht mehr hatte, so ist schon gegen den Vorgänger ein Besitzanspruch (auf Herausgabe der Sache) nicht mehr vorhanden gewesen und konnte demgemäss auch nicht auf den Erben übergehen. Der gegen den Erblasser begründete obligatorische Anspruch überträgt sich natürlich allemal auf den Erben; er belastet das gesammte Vermögen des Erblassers und trifft den Übernehmer desselben. [2]) — Hieraus ergibt

---

die Wirkung, welche das zwischen Vermieter und Mieter (Untervermieter) über den Fortbestand des Vertragsverhältnisses ergehende Urteil gegenüber dem Aftermieter hat, vgl. oben S. 289.

1) Die historische Anknüpfung finden die Grundsätze des § 861 in der gemeinrechtlichen actio spolii. Vgl. Dernburg, BR. III S. 79, Cosack II § 190, X. Eine m. E. unhaltbare Auffassung über das Verhältnis des Reichsrechts zum bisherigen Recht vertritt Schmidt, Änderungen S. 116 Note 1.

2) Die beiden Ansprüche sind nicht identisch; der Schadensersatzanspruch ist nicht etwa eine blosse „Umwandlung“ des Besitzanspruchs. Beide Ansprüche haben ein Stück des sie erzeugenden Thatbestandes (die Eigenmacht) gemeinsam; der Schadensersatzanspruch aber entsteht für den früheren Besitzer nur wegen seines be-



sich das Resultat, dass die passive Vererblichkeit des Besitzanspruchs ihren eigentlichen Grund in dem Besitzübergang hat.[3])

Vollzieht sich die Besitznachfolge unter Lebenden, so geht der einmal begründete Besitzanspruch auch auf den Singularnachfolger über. Wie aber in jenem Falle zu dem Besitzübergang die Beerbung hinzukommen muss, so ist hier ausserdem noch erforderlich, dass der Singularnachfolger die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Entziehenden bezw. seines Nachfolgers bei dem Erwerbe kannte.[4])

Es ist nur eine andere Formulierung der in § 861 I in Verbindung mit § 858 II BGB. enthaltenen Rechtssatzung, wenn wir an die Stelle der Norm: der Anspruch geht gegen „denjenigen, der dem Kläger gegenüber fehlerhaft besitzt", den Satz stellen: der Herausgabeanspruch entsteht gegen den der Entziehenden und er geht, einmal entstanden, auf die eben bezeichneten Personen über.[5]) Auch für sie ist der Grund der Haftung die Eigenmacht des Entziehenden. Die Kenntnis des Nachbesitzers erzeugt nicht einen neuen Anspruch gegen ihn, sondern die Nachfolge in den Besitz begründet den Übergang des Anspruchs, falls der Successor nicht etwa gutgläubig ist.[6]) Dass die Ansprüche gegen

---

sonderen Besitzinteresses, im übrigen steht der Anspruch dem Eigentümer zu (§§ 992, 893 vgl. mit § 851); der Gegenstand beider Ansprüche ist verschieden und ebenso ihre Kraft im Konkurse. Vgl. näher Anspr. u. Klagr. S. 92f., 99.

3) Es ist zu beachten, dass § 858 II BGB. den Übergang auf den Erben besonders statuiert hat.

4) Das Kennen muss sich nach dem Gesetz auf die „Fehlerhaftigkeit" beziehen. Aber damit ist nicht gemeint, dass der Erwerber weiss, dass das Gesetz den Besitz des Vorgängers als „fehlerhaft" charakterisiert, sondern es genügt vollkommen, wenn er die die Eigenmacht enthaltenden Thatumstände kennt. § 858 II Satz 2 meint mit der Fehlerhaftigkeit das, was der Paragraph in Satz 1 als solche definiert hat. Entgegengesetzt Cosack II § 190 bei Note 17 (wer bei der Eigenmacht zugegen war, sie aber „thörichterweise für rechtmässig gehalten hat", besitzt nicht fehlerhaft). M. E. liegt die Sache analog, wie in § 40 II KO., der in korrekter Fassung auf die Kenntnis der die Anfechtbarkeit begründenden Umstände abstellt.

5) Wie die herrschende Ansicht die Spolienklage, so gewährt Dernburg, BR. III § 24 Nr. 4 den Besitzanspruch auch gegen den Dritten, der den Spolianten spolii conscius entsetzt hat, also nicht Rechtsnachfolger ist. Hierfür sprechen nicht nur innere Gründe, sondern auch der Ausdruck des Gesetzes. Denn § 858 II bezeichnet als fehlerhaften Besitzer den „Nachfolger im Besitz" und spricht von seinem „Vorgänger", während § 861 II vom „Rechtsvorgänger" spricht. § 861 II kommt also nur dem Rechtsnachfolger, auf den auch der Anspruch mit seinem aus der Person des Rechtsvorgängers begründeten Inhalt übergeht, nicht aber jedem Nachfolger im Besitz, zu gute. Ebenso § 864 II.

6) Die Beweislast hat der Kläger. Durch die Formulierung des Textes soll nur

den Entziehenden und die bezeichneten Besitznachfolger als identisch zu behandeln sind, folgt daraus, dass ihr Grund und ihr Gegenstand identisch sind; es wird unwiderleglich dadurch bestätigt, dass die Einwendung, welche der Entziehende aus der Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Entsetzten hat, auch seinem Rechtsnachfolger zusteht[7]) und dass der Anspruch gegen den Nachfolger erlischt, wenn sein Vorgänger (der Entziehende) die in § 864 II bezeichnete Feststellung seines Rechtes an der Sache erstreitet.[8]) Umgekehrt aber ergibt sich aus der Identität folgendes. Ist die Klage gegen den (besitzenden) Entzieher binnen Jahresfrist angestellt, so wirkt die Wahrung der Ausschlussfrist auch gegen den Nachfolger des Beklagten.[9])

Diese materiellrechtlichen Ergebnisse sind unmittelbar aus dem Gesetze zu gewinnen. Meines Erachtens muss man aber noch einen Schritt weiter gehen. Wie der spolii conscius, so muss schlechthin auch derjenige Dritte in die Herausgabepflicht eintreten, dem der fehlerhafte Besitzer den Unterbesitz einräumte. Für sicher halte ich es, dass auch ohne Kenntnis der Fehlerhaftigkeit des Besitzes derjenige haftet, dem der Entziehende den Besitz als Unterbesitzer so anvertraute, dass er an der Fortdauer des

---

zum Ausdruck gebracht werden, dass die Kenntnis der Fehlerhaftigkeit nicht die causa efficiens, sondern die condicio sine qua non für den Eintritt in die Haftung bildet. (Anders Schultze, Vollstreckbarkeit S. 80, der [ebenso wie in dem oben § 47 Note 17 und unten § 54 Note 23 besprochenen Fall] die conscientia spolii nicht zu dem die Rechtsnachfolge begründenden Thatbestand zählt und die Nachfolge in das Recht, die allerdings selbstverständlich nicht von der Kenntnis abhängt, und die Nachfolge in die Haftung nicht auseinander hält). Auch der Erwerber der Sache, die infolge des eingeklagten Eigentumsanspruchs litigiös ist, succediert heute in die Verpflichtung zur Herausgabe nur, wenn er bösgläubig ist. Den bösen Glauben hat auch hier der Kläger zu beweisen, wenn er behauptet, dass der Veräusserer mit Wirksamkeit gegen den Erwerber prozessiert habe. Vgl. oben S. 350 bei Note 6, auch S. 332 Note 18.

7) § 861 II.

8) Dies folgt aus § 864 II, der eine Unterscheidung nicht macht. Erstreitet der Nachbesitzer die Feststellung seines Rechtes an der Sache, so tritt das Erlöschen ebenfalls ein. Dies ist nicht gesagt, aber selbstverständlich, wie schon Kipp zu Windscheid I S. 737 Nr. 6 mit Recht bemerkt hat.

9) Das Urteil, welches gegen den pendente lite veräussernden Beklagten ergeht, wirkt gegen Erwerber (vgl. § 265 II CPO. und oben § 25). Zweifelhaft könnte die Sache nur sein, wenn es gegen den spolii conscius einer Klage (Anhangsklage aus § 731 CPO.) bedarf und diese erst nach Ablauf des Jahres angestellt wird. Aber auch hier ist die Frist gewahrt; ebenso dann, wenn der Entsetzte die Verurteilung des Entziehers nicht abwartet, sondern während des gegen diesen schwebenden Prozesses eine selbständige Klage gegen den Erwerber erhebt. (Dieser hat keine Einrede der Rechtshängigkeit, vgl. Anspr. u. Klagr. S. 179.)



Unterbesitzes kein eigenes Interesse hat.[10]) Zweifelhafter ist es, wenn der gutgläubige Unterbesitzer Mieter oder Pächter ist. Meines Erachtens sprechen aber auch hier überwiegende Gründe für die Bejahung.[11])

II. Von der eben dargelegten Auffassung der materiellen Rechtslage aus ergibt sich für die Rechtskraftlehre aus § 325 CPO. folgendes. Weil die Besitznachfolger unter den bezeichneten Voraussetzungen[12]) Rechtsnachfolger in die Haftung des Entziehenden sind, so wirkt das gegen diesen ergangene Urteil für und gegen sie; ebenso dann, wenn die entzogene Sache in Kenntnis der Rechtshängigkeit erworben wurde. Die Verurteilung ist auch für jene Besitznachfolger die rechtskräftige Bejahung des Besitzanspruchs des Klägers,[13]) die Abweisung ist seine Negation und gibt deshalb dem Rechtsnachfolger gegenüber einer neuen, auf die Eigenmacht des Vorgängers gegründeten Klage den Einwand der Rechtskraft.

Zu diesem Ergebnis kann man, soweit es sich um eigenbesitzende Erwerber des Grundstücks handelt, auch hier nur gelangen, wenn man den Erwerber mit uns als Rechtsnachfolger in die Herausgabepflicht betrachtet. Denn im allgemeinen stellt das Gesetz (§ 325 I) ja

---

10) So also der Dritte, der als Verwalter der eigenmächtig in Besitz genommenen Liegenschaft den unmittelbaren Besitz erhielt. (Ist der Inhaber Besitzdiener, so ist er überhaupt nicht Besitzer und die Vollstreckung aus dem gegen den Entziehenden ergangenen Titel ist Vollstreckung gegen den Entziehenden.) — Wir sprechen hier zunächst nur von Grundstücken; praktisch von grösserer Bedeutung ist die Frage bei beweglichen Sachen (Verwahrung, Beauftragung und sonstige Geschäftsbesorgung!). A. M. hier Strohal, Sachbesitz S. 126, der es als zweifellos bezeichnet, dass der Besitzanspruch gegen den gutgläubigen Uhrmacher, dem die geraubte Uhr zur Reparatur übergeben wurde, ebensowenig gerichtet ist, als gegen das Leihhaus, bei dem sie versetzt wurde. S. auch S. 353 Note 23. — Die praktische Bedeutung der Frage liegt hauptsächlich in der Frage nach der Vollstreckbarkeit. Hat übrigens der Empfänger gegenüber dem Entziehenden kein Recht zum Behalten der Sache, so führt den Kläger jedenfalls der in § 886 CPO. zugelassene Weg zur Vollstreckung gegen den Unterbesitzer.

11) Vgl. oben § 51 a. E. Von der Stellungnahme zu der erörterten Frage hängt es ab, ob der Spoliierte gegen den Mieter, der die Liegenschaft während des Prozesses gegen den Spolianten erhalten hat, nochmals selbständig klagen und das Spolium des Vermieters nochmals beweisen muss, obwohl der anhängige Prozess zur Verurteilung des Vermieters führte. Nach unserer Ansicht ist es nicht nötig. Dagegen muss es unbedingt bejahen, wer den Unterbesitzer nicht als Rechtsnachfolger auffasst. Vgl. oben S. 336 f.

12) Behauptet der Kläger die Rechtskrafterstreckung auf den Dritten, so muss er nicht nur dessen Erwerb, sondern auch seine Kenntnis der Fehlerhaftigkeit behaupten und beweisen; wird Unterbesitz des Dritten nachgewiesen, so genügt dies. Vgl. oben Note 6.

13) Aus § 727 CPO. ergibt sich dann die Vollstreckbarkeit. Ohne unsere Annahme der Rechtsnachfolge ist sie nicht zu rechtfertigen.



schlechthin auf diese Eigenschaft des Dritten ab. Nur bezüglich der Besitzmittler macht das Gesetz die Erstreckung der Rechtskraft davon abhängig, dass sie die „in Streit befangene Sache“ erlangt haben. Aber nach unseren früheren Ausführungen (§ 48) ist dies nur eine andere Formulierung unseres Satzes, dass der Besitzanspruch mit dem Besitz auf den Besitznachfolger übergeht.[14])

Bezüglich der Unterbesitzer darf zur Bestätigung der Behauptung, dass bei ihnen conscientia fraudis nicht erforderlich ist, darauf hingewiesen werden, dass bei ihnen das Gesetz die Rechtskrafterstreckung schlechthin von ihrer Besitzvermittler-Eigenschaft abhängig macht.[15])

Ist der Erwerber gutgläubig, aber unentgeltlich in den Besitz der eigenmächtig entzogenen Sache gelangt, so gilt das in § 51 bei Note 14 Ausgeführte.

III. Die Grundsätze über die Rechtskrafterstreckung, die im Vorstehenden für den Fall des Urteils über den Anspruch wegen eigenmächtiger Entziehung eines Grundstücks entwickelt wurden, gelten im allgemeinen auch dann, wenn es sich um den Prozess über eigenmächtige Entziehung des Besitzes einer beweglichen Sache handelt. Einer besonderen Erörterung bedarf dieser Fall mit Rücksicht auf die Ergebnisse, zu welchen wir rücksichtlich des Verhältnisses gelangten, in welchem die Besitzansprüche aus § 861 und aus § 1007 BGB. stehen.

---

14) Schon im bisherigen Rechte wurde zutreffend die Ansicht vertreten, dass die Besitzklage (also namentlich die actio spolii) die Sache zur res litigiosa macht. (So Zimmermann bei Gruchot 28 S. 812, Gaupp-Stein, 3. Aufl. Bem. IV zu § 236, ebenso für das jetzige Recht in 4. Aufl. Note 9 zu § 265 und Bem. III Abs. 3 zu § 325, in Widerspruch mit der Behauptung zu Note 3 zu § 76, dass die Besitzklage aus § 861 ebensowenig wie die actio spolii zu der laudatio auctoris führen könne.) Für das bisherige Recht folgte dann aus der Litigiosität die Rechtskrafterstreckung unmittelbar aus § 236 III CPO. (alt. F.), wobei aber zu bemerken ist, dass bei Annahme schlechthin eintretender Litigiosität die Beschränkung auf den spolii conscius nur aus § 238 (alt. F.) abgeleitet werden konnte. — Verneinend Schultze, Vollstr. S. 80/1, Seuffert, Bem. 3a zu § 236, Petersen-Anger, Note 5 zu § 265. Schultze verneint die Litigiosität, weil die mala fides den Anspruch erst erzeuge (vgl. dagegen oben Note 6) und der § 665 CPO. (alt. F.) für ihre Feststellung keinen Raum biete. Aber die mala fides war schon bisher vielfach Gegenstand der Prüfung in dem nach §§ 665, 667 vorgeschriebenen Verfahren. Jetzt stellt § 727 CPO. auf die Rechtskrafterstreckung ab und hier kann die Sache wohl angesichts des § 325 II, III nicht zweifelhaft sein.

15) Auch Gaupp-Stein zu Note 20 zu § 325 macht keine Einschränkung. Die von ihm citierte Schrift von Strohal, Sachbesitz S. 126 steht materiellrechtlich auf anderem Standpunkt (vgl. oben Note 10), redet übrigens von Rechtskrafterstreckung überhaupt nicht.



Gehen wir von einem Beispiel aus. Der Kläger hat mit der Behauptung, dass der Beklagte ihm vor 3 Wochen in seiner Abwesenheit einen Schimmel aus dem Stall geholt habe, auf Herausgabe geklagt und ein Versäumnisurteil erwirkt, in dessen Begründung es heisst, dass der Anspruch mit Rücksicht auf die behauptete und als zugestanden anzusehende Eigenmacht des Beklagten als begründet erscheine. Als der Kläger die Exekution fruchtlos versucht hatte, stellte sich auf Grund des Offenbarungseides heraus, dass der Beklagte den Schimmel nach dem Prozessbeginn[16]) dem X übergeben hat. Nunmehr erhob der Kläger gegen den Erwerber Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel. In dem Verhandlungstermin gestand X den Erwerb zu, leugnete aber, dass sein Vorgänger Eigenmacht geübt habe. Vielmehr habe dieser den Schimmel mit Einwilligung des Klägers abgeholt und ihm (dem X), wieder zugeführt. Der Schimmel gehöre ihm selbst und sei von ihm dem ersten Beklagten, von diesem aber unbefugterweise dem Kläger leihweise übergeben gewesen. Jedenfalls sei ihm (dem X) von einer verübten Eigenmacht und von dem Prozess nichts bekannt gewesen. Hierauf erwiderte der Kläger: die Eigenmacht stehe rechtskräftig fest und auf den guten Glauben des X komme nichts an, da die streitige Sache eine „abhandengekommene" sei. Deshalb halte er es auch nicht für erforderlich, Beweis für die conscientia spolii des jetzigen Beklagten anzutreten und er wolle nur vorsorglich bestreiten, dass dieser Eigentümer sei. Vielmehr stehe das Eigentum ihm selbst zu, da er den Schimmel von dem ersten Beklagten gekauft habe. Nachdem beide Teile bezüglich der Eigentumsfrage Beweis angetreten hatten, wurde die Verhandlung geschlossen.

Von unserem Standpunkt aus ist die Beurteilung sehr einfach. Gegenstand des Prozesses ist der Besitzanspruch wegen „Abhandenkommens" des Besitzes. Da unbestritten Eigenmacht vorliegt und innerhalb des letzten Jahres vor der Klage geschehen ist, so kommen für die Beurteilung des Besitzanspruchs die besonderen Regeln des § 863 zur Anwendung. Gegenüber dem ersten Beklagten hatte dies keine Bedeutung, da er keine petitorischen Einwendungen gemacht hat; wohl aber ist es relevant gegenüber dem Erwerber, jedoch nur dann, wenn er spolii conscius war. Die Kenntnis der Fehlerhaftigkeit hätte der Kläger zu beweisen gehabt.[17]) Da er keinen Beweis angetreten hat, so gilt der (zweite) Be-

16) Geschah es vorher, so ist das Urteil dem X gegenüber bedeutungslos.

17) Wäre ihm der Beweis gelungen, so müsste der Beklagte alsbald verurteilt

klagte als gutgläubig. Demnach steht diesem als Rechtsnachfolger des ersten Beklagten zwar die Rechtskraft entgegen, wenn er den gegen diesen gerichteten Besitzanspruch des Klägers bestreitet, aber es ist ihm nicht verwehrt, aus seiner eigenen Person einen Einwand zu entnehmen, welcher seine Haftung ausschliesst. Denn die Besonderheiten des § 863 BGB. bleiben ihm gegenüber ausser Betracht und es kommen nur die Grundsätze des § 1007 zur Anwendung.[18]) — Hiernach würde in dem konkreten Fall die Beweisaufnahme über die Eigentumsfrage geboten sein. Erbringt der Beklagte den Beweis, so ist die Klage abzuweisen, andernfalls wird das Vollstreckungsurteil gegen den Nachfolger erteilt.

Geht man davon aus, dass auch der Unterbesitzer Eigenmacht gegen den Oberbesitzer ausüben kann[19]) und hat dieser wegen einer solchen gegen den Unterbesitzer auf Herausgabe geklagt, so ist die Situation entsprechend dem Gesagten zu beurteilen, wenn der Unterbesitzer die verheimlichte Sache an einen Dritten veräussert hat, nachdem der Besitzanspruch gegen ihn rechtshängig geworden war. War der Erwerber in Kenntnis von der Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Beklagten, so geht der rechtskräftig bejahte Besitzanspruch gegen ihn geradeso, wie gegen den Beklagten;[20]) war er gutgläubig,[21]) so cessiert die Rechtskraft; war er schlechtgläubig, aber doch nicht in Kenntnis der Eigenmacht, so erstreckt sich zwar die Rechtskraft auf ihn, aber es ist ihm in dem Umfange, in dem dies nach § 1007 zulässig ist, nicht verwehrt, aus seiner Person petitorische Einwendungen zu erheben.[22])

IV. Anhangsweise mag hier sogleich die Frage beantwortet werden, ob der Anspruch wegen Besitzstörung auch gegen den Dritten geht, der die störende Anlage von dem Störer in Kenntnis von dessen

---

werden, da alsdann die Berufung auf das Eigentum nach § 863 BGB. unbeachtlich sein würde.

18) Vgl. oben § 51 Note 7.

19) So mit Recht Bekker, Jahrb. 34 S. 68f. und Gierke S. 7 Note 15 (c. cit.). Verneinend Cosack II S. 190 III 2, c, Kipp bei Windscheid I S. 721,2. Verneint man die Möglichkeit der Besitzeseigenmacht, so vereinfacht sich die Beurteilung insofern, als dann nur der § 1007 in Betracht kommt, vgl. oben § 51.

20) Also unter Ausschluss von petitorischen Einreden.

21) In dem oben Note 4 bezeichneten Sinne.

22) In der Form der Verteidigung, wenn der Kläger Klage aus § 731 CPO. erhebt; in der Form der Widerspruchsklage, wenn der Kläger die Vollstreckungsklausel erlangt hat.

Eigenmacht erworben hat und beibehält. Diese Frage ist, wenn man nach dem Wortlaut des Gesetzes geht, zu verneinen. Denn § 862 spricht im Gegensatz zu § 861 BGB. nur von dem Störer. Aber wie Kipp[23]) zutreffend begründet hat, ist die Frage mit Rücksicht auf § 858 II zu bejahen. Demnach erstreckt sich auch die Rechtskraft aus dem gegen den Störer ergangenen Urteil auf den Dritten, vorausgesetzt, dass dieser die störende Anlage nach Beginn des gegen den Störer geführten Prozesses erworben hat.[24])

§ 53.

3. Die Rechtskrafterstreckung aus dem Prozess über den sogen. Erbschaftsanspruch.

I. Petersen-Anger[1]) und Gaupp-Stein[2]) lehren, dass durch die Erbschaftsklage zwar der „Nachlass", nicht aber die einzelnen zu ihm gehörigen Sachen zu im Streite befangenen würden.[3]) Hierbei dürfte nicht genügend zwischen der Erbrechtsfeststellungsklage und der Klage aus dem in § 2018 BGB. sog. Erbschaftsanspruch unterschieden sein.[4]) Die erste Klage macht direkt und ausschliesslich das Erbrecht zum Prozessgegenstand und von „in Streit befangenen Sachen" kann überhaupt nicht die Rede sein. Die Anhängigkeit eines solchen Prozesses, der nicht mehr und nicht weniger als das Interesse des Klägers an der Feststellung des Erbrechts, also namentlich nicht die Vorenthaltung von Erbschaftsgegenständen, voraussetzt, begründet lediglich die Folge, dass, wenn die Partei das von ihr behauptete Erbrecht auf einen Anderen überträgt[5]) oder kraft desselben Dispositionen über Nachlassgegenstände trifft, die

23) Bei Windscheid I Zusatz 4 zu § 159 (S. 720).

24) Über die Frage, ob das Verbot künftiger Störung gegen die Nachfolger (im Besitz des Grundstücks, dessen früherer Besitzer die Störung angedroht hatte) wirkt, gilt das oben § 49 bei Note 10 f. Gesagte.

1) Nach Note 5 zu § 265.

2) Zu Note 12 zu § 265.

3) Für das gemeine Recht lehrte Seuffert Bem. 3a zu § 236 (alte Fass.), dass die hereditatis petitio nur die Litigiosität der hereditas, nicht aber der einzelnen Erbschaftssachen begründe. Ebenso Schultze, Vollstreckbarkeit S. 78 Note 1, S. 99.

4) Gegen die Ansicht, welche annimmt, dass die Geltendmachung des „Erbschaftsanspruchs" ebenso wie hereditatis petitio zu der Entscheidung über das Erbrecht führe, vgl. ausführlicher Anspr. u. Klager. S. 55 f., 408 f.

5) Dies ist nur denkbar für den Miterben, vgl. oben § 30, IV.

Entscheidung über das Erbrecht gegenüber dem Successor wirksam ist. Von einer Vollstreckbarkeit eines solchen Feststellungsurteils kann ebensowenig gegenüber dem Rechtsnachfolger des Erbprätendenten, wie gegenüber diesem selbst, die Rede sein.

II. Bezüglich des sog. Erbschaftsanspruchs erschwert man sich die Beurteilung der sehr einfachen Rechtslage dadurch, dass man in ihm einen besonderen Anspruch, einen „Gesammtanspruch", der den ganzen Nachlass zum Gegenstand habe, sieht. Meine entgegengesetzte Ansicht habe ich an anderem Orte[6]) zu begründen versucht. Klagt der Erbe gegen den Erbprätendenten aus einem gegen diesen begründeten Anspruch, so kommt es darauf an, 1. ob der Kläger von dem Beklagten eine Leistung aus dem Vermögen des Beklagten verlangt oder ob er 2. gegen ihn einen Anspruch verfolgt, der dadurch begründet ist, dass der Beklagte der Besitzer von Erbschaftsgegenständen ist. Ansprüche der ersteren Art können einen verschiedenen Grund haben; sie können darauf basieren, dass der Beklagte „etwas aus der Erbschaft erlangt hat" (§ 2018) oder darauf, dass er in anderer Weise die ererbten Rechte des Erben verletzte[7]) oder dass er ihm sonst einen zu vertretenden Schaden zufügte. Die Klage aus allen solchen Ansprüchen auf Leistung aus dem Vermögen des Beklagten können keine Streitbefangenheit von Sachen begründen.

Anders bei Ansprüchen der zweiten, oben bezeichneten Art. Klagt der Erbe gegen denjenigen, der eine früher im Eigentum des Erblassers, also jetzt des Klägers befindliche Sache in Besitz hat, auf Verurteilung zur Restitution oder klagt er auf Herausgabe von Sachen, die sich früher im Besitz des Erblassers befanden, die also mit dessen Tod in den Besitz des Erben gelangt sind, und begründet er diese Klage damit, dass der Beklagte sich den Besitz dieser Sachen angeeignet habe, so ist es meines Erachtens geradezu widersinnig, zu behaupten, dass die Litigiosität nicht eintrete, falls der Kläger angeführt hat, dass der Beklagte sich das Erbrecht anmasse, oder falls der Beklagte sich darauf beruft, dass er der

---

6) Anspr. u. Klagr. S. 44—68.

7) Man denke an den Fall, dass er bösgläubig auf Grund falschen Erbscheins einem gutgläubigen Dritten eine Schuld erliess oder die Löschung eines für den Erblasser eingetragenen Rechtes herbeiführen half. Solche Verfügungen sind denkbar, ohne dass der Erbprätendent schon irgend etwas aus der Erschaft erlangt hat. Auch der Fall, dass ein Schuldner des Erblassers eine Zahlung verweigert, weil er durch Beerbung des Gläubigers befreit sei, gehört hierher. Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 54 c. cit.



Erbe sei oder dies wenigstens geglaubt habe.[8]) Denn in der ersten Klage liegt nichts anderes, als die Erhebung des Eigentumsanspruchs, in der Klage der zweiten Art die Erhebung des Anspruchs aus dem älteren, dem Kläger abhandengekommenen Besitz und es ist unerfindlich, weshalb in prozessualer Beziehung andere Grundsätze gelten sollen, wenn diese Ansprüche gegen einen falsus heres und möglicherweise in Kumulation miteinander oder mit anderen Ansprüchen oder mit der Erbrechtsfeststellungsklage erhoben werden.

Zu dem von uns bekämpften Satz (dass der Erbschaftsanspruch niemals die einzelnen Sachen litigiös mache) werden die Gegner durch die meines Erachtens unrichtige Aufstellung, der Erbschaftsanspruch sei ein Gesammtanspruch,[9]) veranlasst. Davon kann allerdings keine Rede sein, dass infolge einer Klage des Erben gegen den Erbschaftsbesitzer alle Nachlasssachen zu im Streit befangenen würden. Zweifellos bestimmt sich die sachliche Zuständigkeit nach dem Werte der in dem Klagantrag als Objekt der Herausgabepflicht bezeichneten Gegenstände und es ist hier, wenn diese nicht mehr 300 Mk. wert sind, ganz gleichgültig, wie hoch der Wert des Nachlasses[10]) und der weiteren in dem Besitz des Beklagten befindlichen, von dem Erben aber nicht eingeklagten Gegenständen beläuft. Dies ist eben die Folge davon, dass es keinen Gesammtanspruch im Sinne eines Anspruchs, der immer alles dem Erben von dem Erbschaftsbesitzer Geschuldete umfassen würde, gibt. Prozessgegenstand werden nur die Ansprüche auf das, was der Kläger als ihm geschuldet bezeichnet und zugesprochen haben will, und „im Streit befangen“ werden alle und nur die Sachen, in Beziehung auf welche ein

---

8) Darüber, dass die Eigentümlichkeiten, welche den Erbschaftsanspruch charakterisieren (richtiger: welche gelten, wenn der Beklagte als Erbprätendent gehandelt hat), teils zu Gunsten des Klägers, teils zu Gunsten des Beklagten sind und dass in jenen Fällen der Kläger, in diesen Fällen der Beklagte die Ausführungs- und Beweislast hat, wenn die besonderen Bestimmungen des § 2018 f. (als die lex specialis gegenüber den allgemeinen Bestimmungen) zur Anwendung kommen sollen — darüber vgl. Anspr. u. Klagr. S. 56 f.

9) Dagegen s. Anspr. u. Klagr. S. 62 f.

10) Der Wert des Nachlasses kommt in Betracht, wenn die Erbrechtsfeststellungsklage angestellt ist. Wer freilich in dem Urteil über einen Erbschaftsanspruch die rechtskraftfähige Entscheidung über das Erbrecht findet, muss zu dem Resultat gelangen, dass der Erbe vor dem Landgericht klagen müsste, falls er selbst den Nachlass im Wert von Hunderttausenden in der Hauptsache in Besitz hat und es dem Erbrechtsprätendenten nur gelungen ist, sich einiger weniger, nicht über 300 M. zu bewertender Gegenstände zu bemächtigen.



Anspruch erhoben wird, der nach den allgemeinen Regeln die Streitbefangenheit begründet. Dies gilt auch dann, wenn der Erbe die Klage auf Auskunftserteilung mit der Klage auf Herausgabe verbindet und, von der in § 254 CPO. für alle derartigen Fälle gegebenen Erlaubnis Gebrauch machend, in Beziehung auf die zweite Art der Ansprüche die in der Regel sogleich erforderliche bestimmte Angabe der herauszugebenden Gegenstände vorbehält. Im Streit befangen kann eine Sache nur dann und erst dann sein, wenn sie in bestimmter Weise als Gegenstand des abzuurteilenden Anspruchs bezeichnet ist. Klage ich gegen meinen Vermögensverwalter 1) auf Rechnungsstellung und 2) auf Herausgabe der mir rechtswidrig vorenthaltenen Gegenstände und benenne ich hiervon bereits einige unter dem Vorbehalt, die übrigen nach erhaltener Auskunft zu bezeichnen, so können je nach der Art des Anspruchs die bezeichneten Sachen sofort litigiös werden, die übrigen aber werden es erst dann, wenn ich die Verurteilung auf deren Herausgabe beantragt[11]) habe. Nicht anders ist es bei dem Erbschaftsanspruch.[12])

§ 54.

4. Rechtskrafterstreckung aus Anfechtungsprozessen.

I. Bei der Frage, ob das gegenüber dem Anfechtungsberechtigten ergehende Urteil gegenüber seinen Rechtsnachfolgern und denen des Gegners Rechtskraft macht, ist davon auszugehen, dass das „Anfechtungsrecht“ im Sinne des BGB. zweifellos ein Recht ist, welches durch seine einmalige Ausübung untergeht. Denn es ist das Recht, die anfechtbare Wirkung zu vernichten; seine Ausübung geschieht durch Erklärung gegenüber dem bestimmten Anfechtungsgegner; ist es ausgeübt, so treten dadurch neue Rechtsfolgen ein, welche entweder bloss negativ sind[1]) oder in der Entstehung eines neuen Rechts bestehen. So erwirbt derjenige, der eine Eigentumsübertragung anficht, das Eigentum, und, falls der Gegner im Besitz der übergebenen Sache ist, den Eigentumsanspruch auf

---

11) Die vorbehaltene „Angabe“ im Sinne des § 254 CPO. ist Ergänzung des noch unvollkommenen Klagantrags und unterliegt der Vorschrift des § 297 CPO.

12) Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 65 f. (bes. Note 20 bezüglich des abweichenden Standpunkts des römischen Rechts). Gegen die von mir bekämpfte Ansicht von Schmidt, Änderungen S. 83/4 hat sich auch Gaupp-Stein Bem. I zu § 254 erklärt.

1) So wenn eine — noch nicht erfüllte — Obligation angefochten wird.

Herausgabe eines Grundstücks, bei Anfechtung der Auflassung auch den Anspruch auf Bewilligung der Grundbuchsberichtigung, und in beiden Fällen ist es möglich, dass noch weitere persönliche Ansprüche auf Schadensersatz oder wenigstens auf Ersatz von Nutzungen entstehen.[2]) Möglicherweise entstehen durch die Anfechtung lediglich solche persönliche Ansprüche, so dann, wenn die Leistung ihrer Natur nach nicht übertragbar ist oder wenn ihr Gegenstand untergegangen oder an einen durch die Anfechtung nicht berührten Dritten gelangt ist.[3])

II. Hiernach sind zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Das Anfechtungsrecht selbst kann nur dann Gegenstand des Prozesses (also der Anspruch im Sinne des § 253 CPO.) sein, wenn es noch nicht ausgeübt ist. In solchem Falle ist es möglicher Gegenstand einer positiven oder negativen Feststellungsklage;[4]) falls aber die Anfechtung im Wege der Klage zu geschehen hat, ist es Gegenstand der Klage auf Aufhebung des Rechtsverhältnisses durch Richterspruch.[5])

Ein solches Urteil ist in dem ersten Falle gegenüber demjenigen, der in das Anfechtungsrecht des Klägers nach Beginn der Rechtshängigkeit succedierte, rechtskräftig,[6]) ebenso gegenüber solchen Nachfolgern in das aufzuhebende Rechtsverhältnis.[7]) Das Urteil, welches den Antrag auf konstitutives Urteil abweist, verneint das behauptete Recht auf Rechtsänderung und wirkt auch gegenüber den Rechtsnachfolgern des Klägers. Dagegen verwirklicht das konstitutive Urteil, sobald es rechtskräftig geworden ist, jenes Recht auf Rechtsänderung und

---

2) Gemäss § 987 f., oder gemäss §§ 818,9 BGB., wobei zu beachten ist, dass das Kennen oder Kennenmüssen der Anfechtbarkeit dem Kennen oder Kennenmüssen der Nichtigkeit durch § 142 II gleichgestellt ist.

3) Im letzteren Falle entsteht gegen Verfügenden stets mindestens der Anspruch auf die Bereicherung aus § 816 I Satz 1, gegen den unentgeltlichen Erwerber aber der Bereicherungsanspruch des § 816 I Satz 2.

4) S. das Beispiel in Note 7.

5) Vgl. näher Anspr. u. Klagr. S. 426, 478 f. Mit dieser Klage kann die zu 2 des Textes bezeichnete Klage — anticipando — verbunden werden, vgl. a. a. O. S. 382 f.

6) Nicht aber gegenüber konkurrierenden selbständigen Anfechtungsberechtigten, so z. B. nicht gegenüber anderen Erbinteressenten (BGB. § 2341). Über die Gläubigeranfechtung vgl. unten Note 22.

7) Beispiel: Der Käufer hat gegen den Verkäufer, der behauptet, zu dem Vertrag durch Drohungen veranlasst zu sein, auf die Feststellung geklagt, dass er zur Anfechtung nicht berechtigt sei. Nachdem dieser Klage stattgegeben ist, tritt auf Seiten des Käufers eine Rechtsnachfolge ein. Der Successor ist durch die Rechtskraft geschützt.

diese Aufhebung des anfechtbaren Rechtsverhältnisses wirkt gegenüber jedermann.

2. Hat der Anfechtungsberechtigte durch seine Erklärung die eingetretene Rechtswirkung vernichtet, so kann in den Feststellungs-[8]) und Leistungsprozessen, welche durch diese Rechtsänderung veranlasst werden, die Frage, ob das auf jeden Fall untergegangene Anfechtungsrecht einmal bestanden hat, stets[9]) nur als Vorfrage der begehrten anderweiten Entscheidung in Betracht kommen. Dies ist sowohl in der Weise denkbar, dass der (früher) Anfechtungsberechtigte verteidigungsweise die Wirkung der Anfechtung geltend macht,[10]) als auch so, dass die oben unter I bezeichneten Wirkungen der erfolgreich vollzogenen Anfechtungen durch Klage geltend gemacht werden. Rechtskraftfähig ist stets nur die Entscheidung über die durch die Klage erhobene, durch die erfolgreiche Anfechtung bedingte Rechtsbehauptung.[11]) In dieser Beziehung begründet es keinerlei Unterschied, ob z. B. der Anspruch auf Herausgabe der nun wieder dem Anfechtenden gehörigen Sache gegen den ersten oder gegen den zweiten Erwerber[12]) geführt wurde, ob der Kontrahent oder ob sein Cessionar mit der Klage aus dem angefochtenen Vertrag zurück-

8) Es ist nur eine verschiedene Formulierung desselben Feststellungsantrags, je nachdem er auf Feststellung der Nichtigkeit der geschehenen Cession oder auf die Feststellung gerichtet wird, dass die cedierte Forderung dem Anfechtenden (wieder) zusteht.

9) Eine Klage auf Feststellung, dass das Anfechtungsrecht bestanden oder nicht bestanden hat, ist als eine auf die Vergangenheit gerichtete Klage unzulässig.

10) So z. B. wenn er sich darauf beruft, um den Antrag auf Zurückweisung der von dem Gegner auf die angefochtene Rechtswirkung fundierten Klage zu rechtfertigen oder wenn er gegenüber dem Versuche des Gegners, aus dem angefochtenen Rechtsgeschäfte ein Verteidigungsmittel zu entnehmen, dessen Unbegründetheit aus der Vernichtung des Geschäfts deduziert.

11) Da die CPO. jede durch den Klagantrag zur Entscheidung gestellte Rechtsbehauptung als den durch die Klage geltend gemachten „Anspruch" bezeichnet, so kann man, insofern diese Rechtsbehauptung durch die erfolgreiche Anfechtung bedingt ist, von einem „Anfechtungsanspruch" reden. Dieser würde auch für den Fall einer Eigentumsfeststellungsklage in Betracht kommen, ist also ebenso von dem Anfechtungsrecht, wie von dem durch seine Ausübung entstandenen Anspruch im Sinne des BGB. (z. B. auf Rückgabe der Sache, auf Zahlung von Entschädigung) zu unterscheiden. Dass §§ 5, 10, 13 I des AnfGes. v. 21./7. 1879 den Ausdruck in jenem prozessualen Sinne gebrauchen, ist nicht unwahrscheinlich.

12) Die Voraussetzung erfolgreicher Anfechtung ist in diesem Falle gemäss § 143 BGB., dass die Anfechtungserklärung an den ersten Erwerber gerichtet wurde.



gewiesen wurde. Ebenso wird über die Anfechtbarkeit nur incidenter entschieden, wenn der Cedent nach geschehener Anfechtung der Abtretung die wiedererlangte Forderung an einen Dritten abgetreten hat und nun der Dritte unter Berufung auf die von seinem Cedenten vollzogene Anfechtung gegen den Schuldner auf die Zahlung klagt; Gegenstand der Aburteilung ist die Forderung, welche diesem Kläger gegen den Beklagten zustehen soll; Vorfrage ist die Wirksamkeit der geschehenen Anfechtung.[13][13a]

Die Frage, ob die Entscheidung über die von der Anfechtung bedingte Rechtsbehauptung gegen Dritte rechtskräftig wird, hängt ab:

a) davon, dass der Dritte Rechtsnachfolger in das abgeurteilte Rechtsverhältnis ist, und

b) weiter davon, dass die Succession nach Eintritt der Rechtshängigkeit stattgefunden hat.

Ob der Dritte Rechtsnachfolger des Anfechtungsgegners ist, beurteilt sich nach den allgemeinen Grundsätzen, welche bereits eingehend dargestellt wurden. Hier darf nur daran erinnert werden, dass die Rechtskraft dem Dritten nützt oder schadet, wenn er seine Rechtsstellung auf ein Recht stützt, welches seinem Vorgänger zu- oder abgesprochen ist, ferner dann, wenn gegen den Vorgänger eine Verpflichtung geltend gemacht war, in welche der Dritte eingetreten ist. War z. B. zugleich Klage auf die Feststellung, dass der Kläger (wieder) der Eigentümer der in der angefochtenen Weise übertragenen Sache sei, und auf

13) Bezüglich des Anfechtungsrechts ist es ebenso, wie bezüglich anderer Aufhebungsrechte, falls auf Grund ihrer Ausübung eine Klage erhoben wird. So ist das Vorhandengewesensein eines Kündigungsrechts die Vorfrage für den Räumungsanspruch und über diesen, nicht über jenes wird entschieden, wenn auf Räumung geklagt wird. Vgl. näher Anspr. u. Klagr. S. 85, 424/5 und S. 415 Note 52 (zu RG. 33 S. 5).

13a) Hat der Verkäufer die Kaufgeldforderung cediert, ehe der Prozess mit dem den Kaufvertrag anfechtenden Käufer begonnen ist, so wirkt das Urteil, welches die Nichtigkeit des Kaufvertrags feststellt, nicht gegen den Cessionar. Will der Käufer ihm gegenüber Rechtskraft schaffen, so bleibt ihm nur das Mittel, den Cessionar mitzubelangen (auf Feststellung, dass die ihm abgetretene Forderung infolge der Anfechtung nicht [mehr] besteht). Streitverkündigung durch den Käufer ist nicht möglich, denn der Cessionar hat kein Interesse an dem Sieg des Käufers, sondern an seinem Unterliegen. Das Mittel, einen solchen in entgegengesetzter Weise interessierten Dritten durch Ladung an den Ausgang des Prozesses zu binden, kennt die CPO. zwar in einzelnen Fällen (§§ 856, 666), aber bedauerlicherweise nicht allgemein. Über andere Situationen, in denen die Möglichkeit einer solchen Beiladung höchst erwünscht wäre, vgl. Anspr. u. Klagr. S. 185.



Herausgabe der Sache und auf Ersatz wegen Beschädigung und wegen gezogener Nutzungen erhoben, so ist das Urteil über die Eigentumsfeststellung gegen jeden, der aus der Eigentumsberechtigung des Beklagten Rechte ableitet, wirksam;[14]) die Verurteilung zur Herausgabe wirkt gegen jeden, der die vindicierte Sache als Rechtsnachfolger im Besitze des Beklagten erhalten hat; die Verurteilung zur Geldleistung aber ist nur gegen den Successor in diese persönliche Verpflichtung wirksam, so also gegen den Erben und sonstige Übernehmer des Vermögens des Schuldners,[15]) nicht aber gegen sonstige Nachfolger in den Besitz als solche.

Der Umstand, dass der Anfechtende den Rechtserwerb des Anfechtungsgegners aufheben und diesen zum Nichtberechtigten machen kann oder gemacht hat, steht demjenigen Dritten nicht entgegen, der dadurch, dass er in gutem Glauben war, auch durch die Verfügung eines Nichtberechtigten erwirbt. Hieraus ergibt sich, dass die Rechtskraft in solchen Fällen dem Erwerber nur dann schadet, wenn

α) entweder der Dritte von den, die Anfechtbarkeit des Erwerbs seines Rechtsvorgängers begründenden Umständen (kürzer:[16]) von der Anfechtbarkeit), von der infolge der eingetretenen Vernichtung des Rechts des Beklagten oder von der Rechtshängigkeit[17]) Kenntnis hatte, oder doch bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte haben müssen,[18])

β) oder wenn der Dritte zwar wegen seines guten Glaubens gültig, aber unentgeltlich erwarb.[19])

III. Die entwickelten Grundsätze finden im allgemeinen auch auf die Gläubigeranfechtung[19a]) Anwendung, wenn sie als Anfechtung in

14) Natürlich unter der Voraussetzung, dass die Rechtsnachfolge nach Beginn der Rechtshängigkeit stattgefunden hat.

15) Den Übernehmer trifft die Verpflichtung auch dann, wenn die vindicierte Sache von der Übernahme des Vermögens ausgeschlossen wurde, oder wenn dies zwar nicht der Fall war, der Besitz oder das Eigentum aber nicht an den Unternehmer gelangte. Denn der Eintritt in die (festgestellte) Schadensersatzverpflichtung beruht auf der Übernahme des Vermögens.

16) § 142 BGB. spricht von der Kenntnis der Anfechtbarkeit. Aber es ist die im Text bezeichnete Kenntnis gemeint. Es ist ebenso wie mit der Kenntnis der „Fehlerhaftigkeit“ nach § 858 BGB. (vgl. oben § 52 Note 4). Korrekt ist die Fassung des § 40 II KO.

17) Vgl. oben § 28, IV.

18) Das Kennenmüssen kommt nur in den Fällen in Betracht, in denen es das Gesetz (z. B. § 932 II BGB.) dem Kennen gleichstellt.

19) Vgl. die oben § 29 I gegebene Begründung.

19a) Über die Frage, welche Bedeutung die dem veräussernden Schuldner gegen-



dem technischen Sinne der Reichsgesetze zu verstehen ist.[20]) Bei der Frage der Rechtskrafterstreckung ist jedenfalls zu unterscheiden:

1. Erster Fall: das Anfechtungsrecht selbst bildet den Prozessgegenstand [21]) und

2. Zweiter Fall: die Anfechtung ist durch entsprechende Erklärung vollzogen worden und wegen der hieraus resultierenden Folgen ist Klage erhoben; hierauf trat eine Rechtsnachfolge ein.

Nach der von mir vertretenen Ansicht, welche annimmt, dass die Anfechtung die Rechtshandlung den Gläubigern gegenüber nichtig macht, bestimmen sich die Voraussetzungen der Rechtskrafterstreckung nach dem vorher Ausgeführten. [22]) Eine Besonderheit gilt nur bezüglich der Gründe, welche die Erstreckung der Anfechtbarkeit und so auch der Rechtskraft bedingen. [23]) Diese Abweichung besteht darin, dass der entgeltlich erwerbende Rechtsnachfolger schlechthin eine unanfechtbare Rechtsstellung hat, wenn er die Anfechtungsgründe nicht kannte,

---

über ergangene Verurteilung in dem Verhältnis des anfechtenden Gläubigers zu dem Anfechtungsgegner hat, wurde bereits in anderem Zusammenhang (§ 11 a. E.) gesprochen.

20) Vgl. über diese Streitfrage oben § 16 Note 19.

21) Vgl. darüber oben II, 1. Dieser Fall hat in der Praxis kaum Bedeutung, da der Konkursverwalter, wenn er Anfechtbarkeit behauptet, in der Regel auch sofort die Anfechtungserklärung abgibt. Damit ist das Anfechtungsrecht ausgeübt, also untergegangen.

22) Hat ein Gläubiger wegen der einen Forderung den Anfechtungsanspruch (vgl. Note 11) erhoben, so liegt alia res vor, wenn er selbst wegen einer anderen Forderung anficht, um so mehr also, wenn es sich um einen anderen Gläubiger handelt. Ebenso steht dem Konkursverwalter, der das allen Gläubigern zustehende Anfechtungsrecht ausübt, die Rechtskraft nicht entgegen, wenn er auf Grund der von ihm erklärten Anfechtung die eingetretene Unwirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlung geltend macht und ein einzelner Gläubiger abgewiesen war. Über § 13 des AnfGes. vgl. unten S. 371—376.

23) Die KO. § 40 sagt, dass die gegen den ersten Erwerber begründete Anfechtung gegen die Rechtsnachfolger unter gewissen Voraussetzungen stattfindet. Diese Voraussetzungen bilden nicht den „Anfechtungsgrund" gegenüber dem Rechtsnachfolger (so Jäger, Anm. 10, γ zu § 40 KO.), sondern den Grund, weshalb der Mangel, der dem Rechte des ersten Erwerbers infolge der vorhandenen Anfechtbarkeit anhaftet, auch gegenüber dem Rechtsnachfolger wirksam ist. (Über eine analoge, zu der gleichen Verwechselung Anlass gebende Situation vgl. oben § 52 Note 6.) Das geht aus dem Gesetz selbst hervor; denn es legt der Qualität des Nachfolgers als Erben dieselbe Bedeutung bei, wie seiner Eigenschaft als eines wissenden oder unentgeltlichen Erwerbers; die Kenntnis bewirkt nicht, dass ein Anfechtungsrecht entsteht, sondern dass die vorhandene Anfechtbarkeit ihre Wirkung auf den Nachfolger erstreckt. Das ist hier nicht anders, als im Falle des § 142 BGB.

sonach auch dann, wenn es sich um Weiterübertragung eines solchen Rechtes handelt, bei dessen Erwerb nach den allgemeinen Regeln der gute Glaube vor den Folgen der Nichtberechtigung des Verfügenden nicht schützt,[24]) ferner auch dann, wenn der Erwerber die Anfechtungsgründe hätte kennen müssen und dies nach § 142 BGB. in Verbindung mit den Vorschriften, welche das Kennenmüssen dem Kennen gleichstellen, relevant sein würde.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt[25]) und wird der Dritte zum Rechtsnachfolger nach der Rechtshängigkeit, so erstreckt sich auch die Rechtskraft auf ihn. Der Mieter, Verwahrer und sonstige Unterbesitzer des Anfechtungsgegners[26]) unterliegen der Rechtskraft und sonach auch der Vollstreckbarkeit schlechthin.[27])

IV. Ganz anders beurteilt sich die materielle Rechtslage und danach auch die Rechtskrafterstreckung, wenn man annimmt, dass den anfechtungsberechtigten Gläubigern von vornherein nur ein obligatorisches Recht auf Rückgängigmachung des anfechtbaren Rechtserfolgs zusteht oder wenn man der Ansicht[28]) folgt, dass das Anfechtungsrecht das Recht ist, durch Anfechtungserklärung eine solche Forderung in das Leben zu rufen.

Von diesem Standpunkte aus ist folgende Auffassung geboten: Auf dem in anfechtbarer Weise erworbenen Gegenstande ruht die Obligation zur Rückgewähr (nach der zweiten Ansicht: die Möglichkeit, durch Anfechtungserklärung Schuldner zu werden) derart, dass die Verpflichtung

---

24) So bei der Abtretung von (gewöhnlichen) Forderungen.

25) Nach der Fassung des § 40 KO. ist es klar, dass der Kläger sie zu behaupten und zu beweisen hat.

26) Hat der erste Anfechtungsgegner die ihm von dem Gemeinschuldner übertragene Sache verpfändet oder zu Niessbrauch gegeben, so haben der Pfandgläubiger und der Niessbraucher, solange ihr unanfechtbar erworbenes Recht besteht, gegen den Herausgabeanspruch eine (aufschiebende) Einrede. Aber die Konkursmasse hat den Herausgabeanspruch — nur als einredebehafteten — auch gegen sie, weil sie infolge der erfolgreichen Anfechtung der Veräusserung die Eigentümerin der Sache ist. Deshalb fällt der Masse auch der Überschuss zu, welcher bei der von dem Pfandgläubiger herbeigeführten Versteigerung verbleibt und die Masse kann auch sonst die Rechte des Eigentümers ausüben.

27) Ihr persönliches Recht zum Besitz könnte gegenüber der Konkursmasse nur geltend gemacht werden, wenn der Vermieter — der Anfechtungsgegner — gegenüber der Masse zum Besitz berechtigt wäre. BGB. § 986, vgl. auch oben § 48 a. E., § 51 a. E., § 52 Note 15.

28) So Seuffert, Konkursrecht S. 220, Jäger Anm. 1f. zu § 29 KO.



den jedesmaligen Berechtigten trifft, wenn bei ihm die Rechtsnachfolge sich unter den in § 40 KO. bezeichneten Umständen vollzog. Der Anfechtungsanspruch (im Sinne der Forderung auf Rückgewähr) würde also als eine actio in rem scripta zu bezeichnen sein. Daraus wäre zu folgern: die Rechtskraft gegenüber dem Rechtsvorgänger schafft stets Rechtskraft für den Nachfolger, gegen ihn aber nur dann, wenn die Voraussetzungen des § 40 KO. vorliegen (weil er nur dann in die Verpflichtung eintritt) [29]) oder wenn er Kenntnis von der Rechtshängigkeit hat. Wie bei sonstigen actiones in rem scriptae wäre die Sache, deren Zugehörigkeit die Haftung begründet, als im Streit befangen zu bezeichnen. [30])

V. Singuläre Bestimmungen enthält § 13 des Anfechtungsgesetzes. Obgleich sie vom rein systematischen Gesichtspunkt nicht in diesen Zusammenhang gehören, sollen sie hier anhangsweise erörtert werden, soweit sie für die Rechtskraftfragen in Betracht kommen.

Wie bereits oben (Note 22) erwähnt wurde, übt der Konkursverwalter dadurch, dass er dem Anfechtungsgegner die Anfechtungserklärung zugehen lässt, das allen Konkursgläubigern zustehende Anfechtungsrecht aus. Indem er nunmehr auf die Feststellung klagt, dass der Masse das übertragene Recht wieder zusteht oder dass der Gegner ein die Massegegenstände belastendes Recht nicht habe oder dass er verpflichtet sei, an die Masse eine Leistung zu bewirken, macht er die Folgen des Rechtszustandes geltend, wie er sich durch die — gegenüber den Konkursgläubigern (§ 29 KO.) — eingetretene Vernichtung der angefochtenen Rechtshandlung gestaltet hat. [31])

---

29) So auch Kleinfeller, Bem. 1 zu § 40, ohne aber die im Texte gemachte Beschränkung hervorzuheben.

30) A. M. Jäger, Anm. 10 u. 24 zu § 40 KO., wo auch die ältere Litteratur verzeichnet ist. Jägers erster Grund, dass der Anfechtungsanspruch nur obligatorische Kraft habe, ist nicht entscheidend, da es auch obligatorische Ansprüche mit wechselndem Subjekte (auf der Passivseite) gibt. Vgl. oben § 47. Sein zweiter Grund ist, dass der erste und die weiteren Erwerber Gesammtschuldner seien und dass demnach § 425 BGB. entgegenstehe. Der § 425 BGB. kommt aber nicht in Betracht, wenn der Gesammtschuldner in eine rechtshängige Schuld eingetreten ist (vgl. oben § 46 Note 11, dagegen auch Kleinfeller a. a. O.). Übrigens brauchen sie keineswegs stets Gesammtschuldner zu sein. Der erste Erwerber kann sehr wohl durch die Veräusserung befreit werden. So jedenfalls der Beschenkte, der weiterschenkt.

31) Obwohl die Ausübung des Anfechtungsrechts die Ausübung von Rechten der Gläubiger ist, sind nicht diese, sondern ist die Masse in den im Texte bezeichneten Prozessen die richtige Partei (arg. § 37 KO.). Die Sache liegt in letzterer Be-



Der einzelne Konkursgläubiger aber bewirkt durch seine Anfechtungserklärung, dass nur ihm gegenüber die angefochtene Rechtshandlung unwirksam wird.[31a]) Demnach kann der Anfechtende verlangen, dass der veräusserte oder aufgegebene Gegenstand als noch zum Vermögen des Schuldners „gehörig“ [32]) zurückgewährt werde. Die Folge ist, dass dann die Zwangsvollstreckung in den Gegenstand auf Grund des gegen Schuldner ergangenen Titels zulässig ist. Nur dann, wenn das Empfangene seiner Natur nach nicht rückgewährbar ist oder aus anderen Gründen nicht restituiert werden kann, hat der Gegner Ersatz in Geld (nach §§ 818/9 BGB.) zu leisten.

1. Schwebt zur Zeit der Konkurseröffnung ein Anfechtungsprozess, so gestattet das Gesetz dem Verwalter, ihn aufzunehmen.[33]) Von einer prozessualen Succession, die auf einer materiellrechtlichen Succession [34]) beruhen würde, kann nicht die Rede sein. Der Konkursgläubiger hat durch seine Anfechtung die Rechtshandlung des Gemeinschuldners nur ihm gegenüber wirkungslos gemacht, der Verwalter aber macht sie durch die in der Aufnahme liegende Anfechtungserklärung gegenüber allen Gläubigern nichtig. Der Gläubiger verlangte, dass die Zwangsvoll-

---

ziehung nicht anders, als wenn der Verwalter die Folgen der Ausübung eines dem Gemeinschuldner zustehenden Anfechtungsrechts geltend macht. Deshalb trägt die Masse die Prozesskosten in beiden Fällen, während die Ansicht, welche lehrt, dass im Anfechtungsprozess die Gläubiger Partei sind (vgl. Jäger, Anm. 4 zu § 36 c. cit.), annehmen müsste, dass diese zu verurteilen seien, wenn die Klage zurückgewiesen wird. Vgl. m. Aufs. i. Zeitschr. f. C. 26 S. 485/6.

31a) Gewiss ist es richtig, dass der Gläubiger sein Anfechtungsrecht ebensowenig abtreten kann, wie der Verwalter das allen Gläubigern zustehende (RG. 30 Nr. 22, Seuffert, Konkurs-R. S. 219 Note 2). Der Grund ist lediglich die accessorische Natur dieses Rechtes. Es ist nicht anders, als bei dem Anfechtungsrecht, welches dem betrogenen Käufer zusteht. Aber wie dieser die Rechte, die er durch die vollzogene Anfechtung erworben hat (z. B. auf Rückzahlung des Kaufpreises) abtreten kann, so ist kein Grund einzusehen, der der Abtretung solcher Rechte durch den Verwalter entgegenstünde. Für den Einzelgläubiger kommt allerdings eine solche Cession ohne Abtretung der Vollstreckungsforderung nicht in Betracht.

32) Es heisst in § 7 AnfGes. „gehörig“. Die Zurückgewährung hat also nicht den Zweck, das Veräusserte erst wieder in das Vermögen des Schuldners zu bringen, wie es von den Anhängern der obligatorischen Wirkung der Anfechtung angenommen wird. Vgl. auch § 13 Abs. 3 Anf., nach welchem der Gläubiger, der die Anfechtung vor der Konkurseröffnung erfolgreich durchgeführt hat, seinerseits der Anfechtung aus § 30 Nr. 1 KO. ausgesetzt ist.

33) Ebenso hat der Verwalter das Recht zur Restitutionsklage, vgl. oben § 26.

34) RG. 30 S. 70 sagt, der Verwalter sei nicht „eigentlicher“ Rechtsnachfolger des Gläubigers. Er ist auch nicht ein uneigentlicher.



streckung in den veräusserten Gegenstand als noch zu dem Vermögen des Gemeinschuldners gehörig gestattet werde; der Verwalter ist berechtigt, einen ganz anderen „Anfechtungsanspruch" (oben Note 11) zu erheben. Indem nun das Gesetz dem Verwalter gestattet, den Prozess derart fortzusetzen, dass der in entsprechender Weise geänderte Anfechtungsanspruch zur Aburteilung gelangt, wird nicht nur eine Änderung der Parteirolle erlaubt, sondern auch eine Veränderung des Prozessinhalts gestattet:[35]) ein neuer Prozess wird auf den alten aufgepfropft und das Gesetz gestattet dies aus praktischen Rücksichten. Dies ist singulär, aber man darf die Ausnahmevorschrift nicht um dieses ihres Inhalts willen in engherziger Weise interpretieren, wie dies vielfach geschieht,[36]) wenn man dem Verwalter verwehren will, geltend zu machen, dass in dem Anfechtungsthatbestand ein Moment enthalten sei, welches die Anwendung einer anderen Anfechtungsvorschrift bedingt.[37])

Nimmt der Verwalter den Prozess auf, so bleibt das Ergebnis der bisherigen Prozessführung (auch Geständnisse u. s. w.) auch in dem fortgesetzten Verfahren wirksam; relevant ist es aber für die Aburteilung nur insofern, als es für die jetzt zu treffende Entscheidung von Bedeutung ist.[38]) Eben deshalb wird der Verwalter die Prozesslage genau prüfen

---

35) Eine analoge Erscheinung bildet die Fortsetzung des Prozesses, der über die Zahlungspflicht des Schuldners begonnen war, als eines Prozesses über die Berechtigung an der durch Hinterlegung (§ 75 CPO.) entstandenen Forderung (vgl. oben S. 33/4) und der Fall der laudatio auctoris (oben S. 75/6).

36) So z. B. Petersen-Kleinfeller, Bem. II, 3 a. E. zu § 13 AG. (3. Aufl. S. 693). Vgl. auch Jäger, Anm. 29 zu § 29 KO. und die folgende Note.

37) Beispiel: Der Gläubiger hat eine Zahlung angefochten, weil sie in fraudulöser Absicht vorgenommen sei; der Verwalter setzt den Prozess fort mit der Behauptung, dass sie schon nach § 30 KO. anfechtbar sei. Oder: Der Gläubiger hat nach § 3 Nr. 1 AnfGes. angefochten; der Verwalter behauptet, der angefochtene Kauf sei eine verdeckte Schenkung. — Es ist zu beachten, dass AnfGes. § 13 nicht nur eine Erweiterung des Antrags, sondern des Anspruchs erlaubt und dass § 268 CPO. nicht sagt, dass eine Klagänderung nicht vorliege, sondern bedeutet, dass die Änderung erlaubt ist. Vgl. oben S. 175 Note 11. Nach der von mir in Anspr. u. Klagr. S. 85 f. verteidigten Auffassung liegt in der Anführung einer neuen Anfechtungsvorschrift überhaupt keine Änderung des Klaggrundes. Aber auch wenn sie anzunehmen wäre, wäre sie nach Inhalt und Zweck des § 13 II AG. zulässig.

38) Gleichgültig ist also für den weiteren Prozess Umfang und Rechtskraft (vgl. § 10 AG. und RG. 30 S. 70/1) des Titels des klagenden Gläubigers, überhaupt dessen Legitimation zur Klage.



und, wenn sie ungünstig ist, die Aufnahme ablehnen, um einen neuen Prozess auf Grund seiner Anfechtung zu beginnen.[39])

2. Das Gesetz spricht nur von der Aufnahme eines schwebenden Prozesses durch den Verwalter. Aber gemeint ist, dass er sich überhaupt das Ergebnis des Prozesses des Gläubigers aneignen kann. Dies gilt jedenfalls auch von der Rechtskraft[40]) und zwar in dem Sinne, dass die Unwirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlung, die gegenüber dem einzelnen Gläubiger bejaht wurde, damit auch gegenüber allen Gläubigern unbestreitbar ist. Mit Recht nimmt aber das Reichsgericht in Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht auch an, dass der Verwalter die Vollstreckung des Urteils zu Gunsten der Masse betreiben kann.[41]) Voraussetzung ist natürlich, dass das Urteil einen solchen Inhalt hat, dass seine Vollstreckung für die Masse denkbar ist.[42])

3. Unter die „Einreden", die gegen den Verwalter erlangt sind und sich gegen die Gläubiger richten, wenn sie nach Beendigung des Konkurses anfechten,[43]) gehört nach dem Sinne des Gesetzes auch die Ein-

---

39) Durch die Ablehnung wird die Klage des Gläubigers unter allen Umständen unbegründet; der Prozess erledigt sich in der Hauptsache; die Prozessunterbrechung wird insofern zur Prozessbeendigung, da die Fortführung nur bezüglich der Prozesskosten möglich ist. Die Entscheidung über sie hängt davon ab, ob die Klage begründet war. Bejahendenfalls wird der Beklagte in Anwendung des von mir in Anspr. u. Klagr. S. 364/5 verteidigten Prinzips in die Prozesskosten verurteilt. Die hier zu entscheidende Frage ist eine andere, als die Frage, welche in dem von dem Verwalter neu begonnenen Prozess zur Entscheidung gelangt, und es ist unrichtig, wenn man meint, dass aus dem Ergebnis des letzteren Prozesses Rechtskraft gegenüber dem Gläubiger erwachse. (Richtig Wolf, Komm. zu KO. S. 148 Anm. 3.) Hierbei ist auch zu beachten, dass die Entscheidung, wer die Kosten des ersten Prozesses zu tragen hat, unter Berücksichtigung von dessen Lage zur Zeit der Unterbrechung zu fällen ist. Schlechte Prozessführung des Gläubigers kann zu seiner Verurteilung in die Kosten führen, obgleich der Verwalter siegt. Der letztere kann siegen auf Grund des § 30 KO., während die Klage des Gläubigers unbegründet war.

40) Darin liegt angesichts des absoluten Charakters der R. eine grosse Singularität, aber sie ist die Konsequenz der ganzen Ausnahmebestimmung.

41) RG. 30 Nr. 21. Die Ausfertigung erhält er ebensowenig direkt nach § 727 CPO., wie sie nach diesem nur von der Rechtsnachfolge handelnden Paragraphen nicht gegen den entlassenen Beklagten (§ 76 IV CPO.) zu erteilen ist. Aber wer den anhängigen Prozess suo nomine fortsetzen könnte, ist auch berechtigt, von der Vollstreckbarkeit Gebrauch zu machen, natürlich mutatis mutandis.

42) So also, wenn er verurteilt ist, eine Summe an den Kläger zu zahlen (so in dem von RG. 30 S. 68 entschiedenen Falle) oder eine Sache zum Zwecke der Zwangsvollstreckung herauszugeben.

43) § 13 Abs. 4 AnfGes.



wendung, dass der Verwalter mit der Klage rechtskräftig abgewiesen ist.[44]) Die Begründung findet diese Rechtskrafterstreckung darin, dass der Verwalter das Anfechtungsrecht sämmtlicher Gläubiger ausübt (§ 36 KO.) und über dasselbe gültig disponieren kann, sowie darin, dass eine Rechtshandlung, welche der umfassenderen konkursmässigen Anfechtung nicht unterliegt, auch nicht ausserhalb des Konkurses anfechtbar sein kann. Dieses Abhängigkeitsverhältnis[45]) ist der legislative Grund für die Statuierung der Rechtskrafterstreckung, wie sie in der citierten Vorschrift enthalten ist.[46])

Hat der Verwalter im Anfechtungsprozess gesiegt, so gelangt das Erstrittene zur Verteilung unter die Konkursgläubiger. Einen zur Zeit der regulären Konkursbeendigung noch schwebenden Prozess hat der Verwalter fortzusetzen, um eine Nachtragsverteilung vorzunehmen.[47]) Aus diesem Grunde kann in dem bezeichneten Falle nicht in Frage kommen, ob der einzelne Gläubiger sich auf das von dem Verwalter erstrittene Urteil berufen dürfe. — Dasselbe gilt, wenn der Konkurs durch Zwangsvergleich beendigt wird. Dadurch wird es ausgeschlossen, dass der Verwalter das Anfechtungsurteil realisiert. Ebensowenig können es die einzelnen Konkursgläubiger.[48])

Sonach kann jene Frage nur für die Fälle aufgeworfen werden, in denen das Konkursverfahren eingestellt wird. Einer Fortsetzung der anhängigen Anfechtungsprozesse durch den einzelnen Gläubiger würden die in den vorigen Fällen massgebenden materiellen Gründe nicht entgegenstehen. Sollte sie aber stattfinden können, so müsste sie positivrechtlich gestattet sein. Auf die Rechtskraft eines der Klage des Verwalters stattgebenden Urteils kann der Gläubiger sich auch hier nicht

---

44) So auch RG. bei Bolze, Bd. 7 Nr. 1160 in Übereinstimmung mit der allgemeinen Ansicht.

45) Es fehlt zwischen dem Verwalter und dem Absonderungsberechtigten. Deshalb präjudiziert ihnen das gegen den Verwalter ergangene Urteil nicht. So RG. 16 S. 32f., Jäger, Anm. 9 zu § 36 KO., a. A. Seuffert, Konkursrecht S. 219 Note 2.

46) Vgl. oben S. 62, wo die Vorschrift des § 13 IV AnfGes. hätte erwähnt werden sollen. Wach, Rechtskraft S. 14 betrachtet die ausgedehnte Wirkung des Urteils unter dem Gesichtspunkt des Repräsentationsverhältnisses.

47) So auch dann, wenn ein auf eine streitige Forderung entfallender Betrag hinterlegt ist.

48) Anhängige Anfechtungsprozesse kann der Verwalter nicht weiter führen. Meine Ansicht, dass der Gemeinschuldner den Prozess fortzusetzen hat und stets in die Kosten verurteilt wird, habe ich in Anspr. u. Klagr. S. 263/4 begründet.

berufen.[49]) Denn wenn auch jede Rechtshandlung, die dem einzelnen gegenüber anfechtbar ist, im Konkurse der Anfechtung unterliegt, so ist doch keineswegs das umgekehrte der Fall. Ausserdem aber kommt in Betracht, dass die für den Konkurs herbeigeführte Nichtigkeit zwar im Interesse aller Gläubiger, aber richtiger Ansicht nach doch nur im Konkurse wirkt.

---

49) Das argumentum e contrario aus § 13 Abs. 4 AnfGes. würde für sich allein nicht beweisen. Es ist gerade in der Rechtskraftlehre gefährlich, wie § 76 IV CPO. und der alte § 236 III zeigen.

Kapitel IV.

Prozessführung des Nichtberechtigten mit Wirkung gegen den Berechtigten.

§ 55.

I. Ohne Rücksicht auf den guten Glauben des Gegners.

I. Fälle des Urheberrechts.

1. Die Übertragung der Urheber- und Erfinderrechte geschieht durch formlosen Vertrag.[1]) Ist dieser geschlossen, so hat sich der Übergang des Rechts aus dem Vermögen des Veräusserers in das Vermögen des Erwerbers vollzogen. Dieser kann in dem Konkurse des bisherigen Berechtigten als Aussonderungsberechtigter auftreten; für ihn, nicht für den Veräusserer entstehen die Ansprüche auf Schadensersatz wegen Verletzung des Rechtes u. s. w. Das alles ist deshalb nicht weniger wahr, weil der Rechtsnachfolger vor der Eintragung nicht berechtigt ist, „sein Recht aus der Eintragung geltend zu machen".[2])

Wie allgemein anerkannt ist, fällt die Übertragung aller Urheber- und Erfinderrechte unter den § 413 BGB. Demnach kommt der § 407

1) Vgl. Patentgesetz vom 7. April 1891 § 6, Warenzeichengesetz vom 12. Mai 1894 § 7, Gebrauchsmustergesetz vom 1. Juni 1891 § 7, Gesetz betr. Urheberrecht an Mustern und Modellen vom 11. Januar 1876 § 3.

2) So die Formulierung in § 7 II des Warenzeichengesetzes, der sich übrigens auf jeden Rechtsnachfolger (auch den Erben) bezieht. — Anders das Grundbuchrecht, insofern im Falle der Singularnachfolge von der Eintragung der Rechtserwerb abhängt; anders auch bei der Eintragung in das Handelsregister (§ 15 HGB.) und in das Güterregister (BGB. § 1435), insofern hier die Eintragung nur für Wirksamkeit der einzutragenden Thatsache gegenüber den sie nicht kennenden Dritten Bedeutung hat.



BGB., insbesondere der uns interessierende Absatz 2 im allgemeinen auch auf jene Rechte zur Anwendung.[3]) Daneben aber gilt eine besondere Vorschrift für die Klage auf „Zurücknahme", „Löschung" und „Nichtigkeitserklärung" der eingetragenen Rechte.[4])

Wie § 9 Abs. 3 des Warenzeichengesetzes ausdrücklich sagt und die §§ 29, 30 des Patentgesetzes und § 6 I des Musterschutzgesetzes ebenfalls mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen, sind diese Klagen schlechthin gegen den eingetragenen Inhaber bezw. seinen Erben zu richten, also auch gegen den Veräusserer, obwohl er materiell nicht mehr der Berechtigte ist. In dieser Beziehung bleibt er, wie § 19 I, 2 des PatGes. formuliert, trotz der Veräusserung nach Massgabe jener Gesetze berechtigt und verpflichtet. In den bezeichneten Prozessen bestimmt sich die Person des zu Verklagenden ganz formal nach der Eintragung und das Gesetz verleiht somit dem Eingetragenen, obgleich er nicht mehr der Berechtigte ist, die Macht, über das fremde Recht im eigenen Namen zu prozessieren. Die Situation ist insofern derjenigen gleich, welche sich ergibt, wenn während des Prozesses in der Person des zur Sache legitimierten Klägers oder Beklagten eine Rechtsnachfolge stattfindet. Ebenso, wie hier, ist es irrelevant, ob der Gegner weiss, dass der Beklagte nicht mehr der Berechtigte ist.

2. Hat der noch eingetragene Nichtberechtigte von Rechts wegen über das dem Erwerber zustehende Recht zu prozessieren, so versteht es sich von selbst, dass das Urteil auch Rechtskraft für und gegen den Erwerber schaffen muss.

Gesetzlich ausgesprochen ist dies nur in dem Warenzeichengesetz § 9 IV und nur in der Weise, dass gesagt wird, das Urteil wirke „gegen" den Rechtsnachfolger. Allein das „gegen" ist hier ebenso wie in § 76 IV CPO. und in dem früheren § 236 III im Sinne von „gegenüber" zu interpretieren: das Urteil, welches die Klage, sei es ganz, sei es zum Teil, abweist, wirkt als die Verneinung des behaupteten Rechts auf Rechtsänderung auch zu Gunsten des Rechtsnachfolgers. Und was bezüglich

3) Vgl. unten § 56/7.

4) In Anspr. u. Klagr. S. 461/5 habe ich mich der Ansicht angeschlossen, welche dem Urteil auch dann, wenn es die an die Eintragung sich anknüpfenden Rechtsfolgen mit rückwirkender Kraft aufhebt, den Charakter eines Rechtsgestaltungsakts beimisst. — Eine Klage auf Feststellung ist gegen den Erwerber auch schon vor seiner Eintragung möglich, da sie nur durch das Feststellungsinteresse bedingt ist. Für sie gelten aber die sogleich zu besprechenden besonderen Vorschriften nicht.



des Urteils über ein Warenzeichenrecht gilt, muss ebenso in den anderen Fällen wahr sein, obgleich es die Gesetze nicht besonders ausgesprochen haben. Denn es folgt aus dem dem Veräusserer trotz seiner Nichtberechtigung verliehenen Prozessführungs r e c h t.

Die gegen den eingetragenen Veräusserer erhobene Klage ist r e c h t s g ü l t i g angestellt. Erfolgt während des Prozesses die E i n t r a g u n g,[5]) so hat diese Veränderung a l s s o l c h e auf den Fortgang des Prozesses ebensowenig einen Einfluss, wie die V e r ä u s s e r u n g, die erst pendente lite stattgefunden hat. In Frage kann nur das sein, ob der Rechtsnachfolger, der jetzt durch die Eintragung auch nach aussen legitimiert ist, den Prozess an Stelle des Beklagten übernehmen kann. Obwohl diese Frage für alle die behandelten Fälle in gleicher Weise zu stellen ist, hat doch nur das Warenzeichengesetz (§ 9 IV) sie berücksichtigt und dahin entschieden, dass der Nachfolger sich sowohl als Nebenintervenient [6]) an dem Prozesse beteiligen kann, als auch berechtigt ist, ihn mit Zustimmung des Veräusserers [7]) an dessen Stelle zu übernehmen. Einwilligung des Klägers ist nicht erforderlich.

Insoweit das Gesetz diese Regelung auch dann Platz greifen lässt, wenn die Rechtsnachfolge n a c h dem Prozessbeginn stattgefunden hat, liegt eine Abweichung von dem Grundsatz des § 265 CPO. vor, deren Rechtfertigung nur darin gefunden werden kann, dass das Warenzeichenrecht nach § 7 I nur mit dem Geschäftsbetrieb des Veräusserers auf einen Anderen übergehen kann und insofern eine analoge Rechtsgestaltung vorliegt, wie sie in § 266 gegeben ist und ebenfalls zu einer Modifikation des § 265 geführt hat.

Hat die Veräusserung v o r dem Prozessbeginn stattgefunden, ist aber die Eintragung erst nachher bewirkt,[8]) so findet das Recht des Nach-

5) Ehe diese erfolgt ist, kommt der Rechtsnachfolger für die F o r t s e t z u n g ebensowenig, als wie für den B e g i n n des Prozesses, in Frage.

6) Da auch der § 69 CPO. für entsprechend anwendbar erklärt ist, so hat der Intervenient die Selbständigkeit eines Streitgenossen. Anders § 265 II Satz 3 CPO. — G a u p p - S t e i n I S. 189 unter C, a lehrt, dass die Nebenintervention in § 9 ausdrücklich verboten sei. Ich finde im Gesetz kein solches Verbot. Unter „Eintritt in den Rechtsstreit" ist, da auch die §§ 66/9 CPO. citiert sind, auch die Nebenintervention zu verstehen.

7) Sie ist deshalb erforderlich, weil § 76 CPO. für entsprechend anwendbar erklärt ist.

8) Dies ist die Voraussetzung dafür, dass die Klagerhebung gegen den Rechts-

folgers, den Prozess auch gegen den Willen des Gegners zu übernehmen, seine Begründung darin, dass ein Vermögensübergang durch die Eintragung nicht herbeigeführt wird. Diese bewirkt nur, dass dasjenige Verhältnis fortfällt, welches den Grund dafür abgab, dass singulärer Weise die Klage gegen den Nichtberechtigten wirksam erhoben werden konnte. Eine analoge Situation liegt nicht nur in den übrigen, oben behandelten Fällen der Urheberrechtsgesetze vor, sondern auch dann, wenn die hypothekarische Klage gegen den eingetragenen non-dominus erhoben war und während des Prozesses die Grundbuchberichtigung erfolgte; verwandt sind auch die Situationen, welche sich ergeben, wenn der Ehemann über die Rechtsverhältnisse der Frau einen gegen diese wirksamen Prozess führt und im Laufe desselben das Verwaltungsrecht verliert,[9]) überhaupt aber alle die in diesem Kapitel zu besprechenden Fälle, in denen der Prozess von oder gegenüber einem Nichtberechtigten mit Wirkung gegen den Berechtigten begonnen wurde.

In allen diesen Fällen fordert es das praktische Bedürfnis, dass der Gegner sich gefallen lassen muss,[10]) dass derjenige, über dessen Rechtsverhältnisse prozessiert wird, die Fortführung des Prozesses übernimmt. Eine generelle Norm, welche es gestattet, fehlt. Aber man wird nicht zuweit in der analogen Rechtsanwendung gehen, wenn man die Zulässigkeitsübernahme daraus ableitet, dass sie im Falle des § 9 IV des Warenzeichengesetzes statuiert ist und die anderen Situationen wesensgleich sind.

II. Die hypothekarische Klage.

1. Während bei der Geltendmachung des Faustpfandrechts der Verpfänder (oder sein vermeintlicher Rechtsnachfolger) als der Eigentümer nur dann gilt, wenn der Pfandgläubiger ihn für den Eigentümer hielt,[11]) gestattet der § 1148 BGB. dem Hypothekar die Belangung desjenigen, der im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, schlechthin, wenn sie die „Verfolgung des Rechtes aus der Hypothek“ zum Gegenstande hat.

Gemeint ist hiermit nur die Klage, welche die Verurteilung des Eigentümers zur „Zahlung aus dem Grundstück“[12]) behufs Einleitung

---

nachfolger wirksam ist. War er bereits vorher auch schon eingetragen, so musste nach § 9 III die Klage gegen ihn erhoben werden.

9) Vgl. darüber Anspr. u. Klagr. § 45, 48 und unten § 61/2.

10) Dass die Übernahme mit Zustimmung des Gegners möglich ist, ist wohl zweifellos.

11) Vgl. unten § 59.

12) Nach diesem Inhalte des hypothekarischen Rechts (§ 1113 BGB., vgl. CPO.



des Vollstreckungsverfahrens zum Gegenstande hat.[13]) Für sonstige Klagen des Hypothekars (z. B. auf Feststellung des Bestehens der in ihrer Rechtsgültigkeit bestrittenen Hypothek) gelten die besonderen Grundsätze des § 1148 BGB. nicht.

Diese von der II. Kommission[14]) aufgenommene Vorschrift steht im engsten Zusammenhang mit dem § 17 des Zwangsversteigerungsgesetzes, welcher zur Vollstreckuug eine gegen den eingetragenen Eigentümer gerichtete vollstreckbare Ausfertigung verlangt. Sie bezweckt, dem Gläubiger die Weitläufigkeiten zu ersparen, die er haben würde, wenn er zwecks Erlangung eines Vollstreckungstitels erst die Eintragung des wahren Eigentümers erlangen müsste. Der verus dominus ist in aller Regel derjenige, dem die Passivlegitimation gegenüber der hypothekarischen Klage ausschliesslich zukommt. Der eingetragene Nichteigentümer ist ein Nichtberechtigter, dem das Gesetz Recht und Pflicht zur Prozessführung statt des Eigentümers (nicht: in dessen Namen) verleiht.

2. Die Konsequenz des Besitzes der Prozessführungsmacht über das fremde Rechtsverhältnis müsste hier ebenso, wie in sonstigen Fällen und namentlich in dem Prozesse über das Warenzeichenrecht darin bestehen, dass das Urteil für und gegen den verus dominus Rechtskraft schafft. Mit Recht wurde dies auch gemäss dem vorbildlichen § 7 des preussischen Eigentumsgesetzes vom 5. Mai 1872[15]) von Dernburg und Hinrichs[16]) verteidigt.[17]) In dem § 1148 BGB. aber ist diese Wirkung des Ur-

---

§§ 592, 688) haben sich der Klagantrag und die Urteilsformel zu richten. Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 361.

13) Dies geht schon aus der Stellung des § 1148 und aus seinem Zwecke hervor. Vgl. § 1118 BGB. (Kosten der „die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung“) und § 10 II ZwVG.

14) Protokolle Bd. II S. 575/6.

15) „Der eingetragene Eigentümer ist kraft seiner Eintragung verpflichtet, sich auf die gegen ihn als Eigentümer erhobenen Klagen einzulassen.“

16) Preussisches Hypothekenrecht S. 261.

17) Anders Eccius III § 199b Note 1: „Das Gesetz gibt dem gegen ihn (den Eingetragenen) erstrittenen Urteil nicht unbedingte Kraft gegen den wahren Eigentümer. In dem Umfang, in dem dieser rechtsgeschäftliche Belastungen des Eigentums durch den eingetragenen Eigentümer anfechten kann, ist er auch befugt, die Vollstreckung abzuwehren.“ Diesem Satze liegt offenbar derselbe Gedanke zu Grunde, von dem aus Regelsberger, Bayr. Hypothekenrecht 2. Aufl. S. 355, lehrt, man könne vom Standpunkt des Publicitätsprinzips nur zu dem Satz gelangen, dass die Durchführung des Streit- und Vollstreckungsverfahrens gegen den Bucheigentümer eine Anfechtung von Seite des wirklichen Eigentümers ausschliesse, wenn der Gläubiger bis zum Schluss über das Nichteigentum seines Gegners in entschuldbarer Unkenntnis war. — Eine

teils[18]) durch die Bestimmung eingeschränkt,[19]) dass das Recht des nicht eingetragenen Eigentümers, die ihm gegen die Hypothek zustehenden Einwendungen geltend zu machen, unberührt bleiben soll.

Hiermit ist eine ganz singuläre[20]) Rechtsgestaltung gegeben worden. Am ehesten lässt sie sich etwa vergleichen mit der Lage des Schuldners, gegen den eine Verurteilung unter Vorbehalt der Rechte (CPO. § 599) ergangen ist. Wie ein solches Vorbehaltsurteil einen Vollstreckungstitel bildet, aber sogar dann, wenn es rechtskräftig geworden ist, aus Gründen, die vor der letzten Thatsachenverhandlung (§ 767 II CPO.) liegen, wieder aufgehoben werden kann, so kann auch der verus dominus die Vollstreckung nicht hindern; aber es steht ihm frei, das Urteil zu bekämpfen, ohne dass ihm entgegengehalten werden kann, die von ihm vorgebrachten Einwendungen seien präkludiert. Der grosse Unterschied zwischen diesen beiden Situationen liegt materiell darin, dass im Falle des § 599 und entsprechend im Falle der §§ 302, 540 CPO. der Vorbehalt der Verteidigungsmittel in der Beschänkung der Kognition ihre Rechtfertigung findet, während in unserem Falle von einer derartigen Beschränkung nicht die Rede ist. Der Vorbehalt findet hier seine Rechtfertigung nur in der Rücksichtnahme auf den ausserhalb des Prozesses stehenden und nicht gehörten Eigentümer, gegen den das Urteil auch dann wirksam ist, wenn der Kläger die Unrichtigkeit des Grundbuchs gekannt hat. Formell besteht der Unterschied einmal darin, dass die Vorbehaltsurteile eines ausdrücklichen Vorbehalts bedürfen, während hier das Gesetz die Ein-

derartige Unterscheidung, wie sie Eccius bezüglich des § 7 des preuss. Ges. macht, ist meines Erachtens in diesem nicht enthalten. Der § 7 sagt allerdings direkt nur, dass der Eingetragene seine Passivlegitimation nicht bestreiten kann. Ist er aber verpflichtet den Prozess zu führen, so hat er auch die Macht dazu. Die Rechtskraft gegenüber dem verus dominus ergibt sich daraus in Ermangelung einer besonderen Bestimmung von selbst. — Im bayr. Recht fehlt eine Bestimmung und es herrscht Streit. Die überwiegende Ansicht gelangte bereits im wesentlichen zu dem Resultat, wie es in § 1148 BGB. fixiert ist. Vgl. die Nachweisungen bei v. Jakubezky Bemerkungen S. 218/9.

18) Ist die Vollstreckung durch Zuschlag beendigt, so hat der Ersteher unter allen Umständen unanfechtbares Eigentum erlangt und zwar das Eigentum desjenigen, dem es zustand, also des Dritten, wenn es der Eingetragene nicht war (vgl. oben § 3 Note 7, 22). Der verus dominus ist hier auf die Rückforderung der Summe, welche dem Pseudohypothekar zugekommen ist, und auf Schadensersatzforderung beschränkt.

19) Trotzdem wird der Eigentümer, wenn er sich als Nebenintervenient anschliesst, stets streitgenössischer Intervenient.

20) Cosack, BR. II § 233 II betrachtet die dem Eigentümer gewährte Möglichkeit als selbstverständlich.

wendungen schlechthin salviert, sodann auch darin, dass in jenen Fällen die vorbehaltenen Verteidigungsmittel im Nachverfahren erledigt werden, hier aber durch Widerspruchsklage (Vollstreckungsgegenklage) geltend zu machen sind.[21]) Welche Einwendungen zulässig sind, ist eine materiellrechtliche Frage. Hervorzuheben ist nur, dass die Kündigung auch dann gegen den verus dominus wirksam ist, wenn der Hypothekar sie in Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs an den Eingetragenen richtete; sonstige Rechtsgeschäfte mit dem eingetragenen Nichteigentümer sind vollwirksam, wenn die Voraussetzungen des §§ 892/3 BGB. gegeben sind.

3. Erwirkt der Eigentümer während des Prozesses die Grundbuchsberichtigung, so lehrt v. Jakubezky,[22]) dass er „in Ansehung des Rechtsstreits als Rechtsnachfolger des Eingetretenen gelte“. Soll hiermit gesagt sein, dass er berechtigt ist, den Rechtsstreit an Stelle des ursprünglichen Beklagten zu übernehmen, so stimmt dies mit der hier vertretenen, bereits oben (S. 378 f.) gerechtfertigten Ansicht überein. Soll es aber heissen, dass der Eigentümer mit der Grundbuchsberichtigung ohne weiteres in den Prozess succediere,[23]) so ist entgegenzuhalten, dass dann das Urteil auf seinen Namen gestellt würde und dass sonach Einwendungen gegen den Anspruch nur nach Massgabe der allgemeinen Vorschrift des § 767 CPO. zulässig wären. Sonach müsste sich, falls der Prozess bereits in der Revisionsinstanz schweben würde, eine schwere Gefährdung des Eigentümers ergeben, die mit der Tendenz des § 1148 Satz 2 BGB. in Widerspruch stehen dürfte. Überdies fehlt es an jedem Anhalt für die

21) Nach dem Vorgang von v. Jakubezky Bem. S. 219 (vgl. Protokolle der II. Komm. Bd. 3 S. 575/6) wird ganz allgemein angenommen, dass der Eigentümer die Interventionsklage nach § 771 CPO. zu erheben habe. Aber er kann die Vollstreckung nicht deshalb hindern, weil er Eigentümer ist, sondern wenn und weil die Hypothek nicht besteht. Die Einwendung kehrt sich, wie § 1148 Satz 2 ganz deutlich sagt, gegen den Anspruch und demgemäss gegen die Vollstreckungsfähigkeit des Urteils, und das Besondere ist lediglich, dass die Beschränkung, die für das Vorbringen der Einwendungen nach § 767 CPO. regelmässig stattfindet, hier wegfällt. Dass der Einwendende nicht der in dem Urteil Genannte ist, steht der Anwendung des § 767 CPO. nicht entgegen. Oder wird man auf den Gedanken kommen, dass der Erwerber der vindicierten Sache oder der entlassene Mieter (§ 76 CPO.) oder sonstige Dritte, gegen die das Urteil vollstreckbar ist, Interventionsklage anzustellen hätten, wenn sie geltend machen wollen, dass der Anspruch nicht (mehr) besteht?

22) Bemerkungen S. 220.

23) Soll es heissen, dass der Eintritt nur mit Zustimmung des Gegners zulässig sei, so würde dies aus den bereits angeführten Gründen nicht zu billigen sein.

Annahme, dass der Eigentümer ohne weiteres in den Prozess succediert. Auch eine Verpflichtung zur Übernahme lässt sich aus § 266 CPO. nicht begründen, da der Eigentümer durch die Grundbuchsberichtigung nicht Rechtsnachfolger des fälschlich Eingetragenen wird. Übernimmt der Eigentümer den Prozess nicht, so führt ihn der ursprüngliche Beklagte mit Wirkung gegen den Eigentümer fort und der Kläger hat sich dann eine gegen diesen gerichtete vollstreckbare Ausfertigung zu verschaffen.[24])

In der Praxis wird der § 1148 BGB. vorzugsweise dann zur Bedeutung gelangen, wenn ein falsus heres die Eintragung erlangt hat. Ist die Eintragung des in anfechtbarer Weise vollzogenen Eigentumswechsels gemäss § 142 BGB. rückgängig gemacht, so kommen nach der hier vertretenen Ansicht (S. 119f.) die Grundsätze über die Rechtsnachfolge zur Anwendung. Nach der herrschenden Ansicht würde auch in diesem Fall der § 1148 BGB. mit seinen Besonderheiten Platz greifen.

III. Ein dritter Fall, in welchem man mit dem Nichtberechtigten mit Wirkung gegen den Berechtigten prozessieren kann, obwohl man weiss, dass der Gegner nicht zur Sache legitimiert ist, ergibt sich aus § 409 BGB. in Verbindung mit § 412 und § 413. Es ist die fälschlich von dem Berechtigten gemachte Anzeige eines Rechtsübergangs.

1. Im Anschluss an § 409 sprechen wir zunächst von dem Fall, dass derjenige, der nach der bisherigen Sachlage als der Gläubiger erscheint,[25]) dem Schuldner angezeigt hat, dass er die Forderung abgetreten habe. Es ist gleichgültig, ob er ihm die Anzeige direkt zugehen lässt oder ob er sie dadurch macht, dass er dem Dritten eine Urkunde über die Cession aushändigt, welche dann dem Dritten (dem Schuldner) vorgelegt wird. Denn die Aushändigung geschieht eben zum Zweck des Gebrauchs und dieser besteht in erster Linie darin, dass die Urkunde dem Schuldner vorgelegt wird, sei es, um ihm nur Kenntnis von der Abtretung zu verschaffen, sei es zwecks Erhebung der Leistung.[26]) Wie der gleichzeitige

---

24) Ebenso wie gegen den entlassenen Beklagten (§ 76 IV CPO.) und in den S. 374 Note 41 betrachteten Fällen. § 727 CPO. bleibt ausser Betracht. Vgl. Gaupp-Stein Anm. 23 zu § 76 CPO. cum cit.

25) Dass er wirklich der Gläubiger ist, ist nicht erforderlich. Die Anzeige ist auch wirksam, wenn aus dem Thatbestande, aus welchem der Anzeigende seine Berechtigung ableitet, eine solche nicht entstanden oder wieder erloschen oder bereits auf einen Anderen übergegangen ist. Über den letzteren Fall s. unten bei Note 37.

26) Die Fassung des Gesetzes, namentlich auch § 410 II ist geeignet, die wahre

Eingang eines Widerrufs der direkten Anzeige diese unwirksam macht, so gilt das Gleiche auch dann, wenn der Widerruf vor der Vorlage durch den Dritten einläuft.[27])

Die Anzeige ist einseitige Erklärung; sie ersetzt den zur Übertragung erforderlichen Cessionsvertrag nicht.[28]) Aber der Anzeigende „muss gegenüber dem Schuldner die angezeigte Abtretung gegen sich gelten lassen". Das Gesetz[29]) verleiht der Anzeige im Interesse des Schuldners die Wirkung, dass er den Angezeigten, wenngleich der Anzeigende in Wirklichkeit noch der Gläubiger ist, so behandeln darf, als sei er der Nachfolger geworden, und der Anzeigende muss das Geschehene gegen sich gelten lassen, ohne sich selbst darauf berufen zu können, falls eine gültige Abtretung nicht stattgefunden hatte.[30])

Bedeutung zu verdunkeln. Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 355 Note 21a. Übereinstimmend Schollmeyer, Komm. Anm. 4 a. E. zu § 409.

27) Die geschehene gültige Cession wird dadurch ihrer Wirksamkeit natürlich nicht beraubt. Aber die Vorschriften des § 409 bleiben ausser Betracht. Man denke z. B. an den Fall, dass die Urkunde durch Missbrauch in die Hände des als Cessionar Bezeichneten gelangte oder dass die Abtretung anfechtbar ist.

28) Im Konkurse des Angezeigten, der nicht Successor ist, hat der Anzeigende deshalb die Stellung eines Aussonderungsberechtigten. Der Verwalter muss die Zustimmung zur Zurücknahme (§ 409, II) geben.

29) Darauf, was der Anzeigende sich als die Wirkung der Anzeige gedacht und gewollt hat, kommt es nicht an. Die Wirkungen treten ein, wenn nur die Anzeige von dem willensfähigen und in der Geschäftsfähigkeit nicht beschränkten Gläubiger ausgegangen ist. Führt man die einzelnen Wirkungen der Rechtsgeschäfte auf ihr Gewolltsein zurück, so gelangt man hier dazu, die Wirkung der Anzeige darin zu finden, dass der Anzeigende dem Schuldner eine „Weisung" erteilt habe (Hachenburg, Vortr. S. 244), oder dass der Schuldner „dem Willen des Anzeigenden gemäss handele", wenn er sich mit dem Angezeigten einlasse (Schollmeyer Bem. 1 zu § 409). Dann würde es nur ein weiterer Schritt auf diesem Wege sein, wenn man auch die Geltung des Urteils (gegen den Anzeigenden) darauf zurückführt, dass er sich dem Urteil unterworfen habe. Im Falle des unten folgenden § 67 (l. 63 D. 42, 1) wird diese Auffassung in der That vielfach vertreten.

30) So kann er der Klage des Schuldners auf Feststellung des Nichtbestehens der Schuld nicht entgegenhalten, er sei infolge der Anzeige nicht der Gläubiger. Hat der Schuldner an den Angezeigten gezahlt, so kann er trotzdem noch die dem Anzeigenden verbliebene Forderung durch Aufrechnung tilgen und sich das Geld von dem Angezeigten zurückgeben lassen. (Man nehme den Fall, dass der letztere solvend, der Anzeigende aber insolvend ist.) Vgl. auch m. Vertr. S. 297 Note 583. — Von der erörterten materiellrechtlichen Frage ist die Frage zu unterscheiden, welche Beweiskraft der Anzeige bezw. der Cessionsurkunde beizulegen ist. Die letztere beweist in Verbindung mit dem Besitz des Cessionars die Abtretung. — Wieder eine andere Frage ist, ob nach Beweis der Abtretung der Einwand der Simulation gemacht werden kann. Diese Frage interessiert in unserem Zusammenhang nicht.

Die Anzeige wirkt solange, als sie nicht zurückgenommen ist. Die Zurücknahme ist deshalb nicht weniger eine einseitige Erklärung, weil sie nur wirksam ist, wenn der Angezeigte seine Zustimmung gegeben hat.[31]) Wird sie zurückgenommen, so folgt aus dem Gesagten, dass der Anzeigende die Zurücknahme wie eine Rückabtretung gegen sich gelten lassen muss; es finden also in diesem Falle die Vorschriften des § 407 BGB. in jeder Beziehung geradeso Anwendung, als wenn eine Abtretung und eine Rückabtretung wirklich stattgefunden hätten.[32]) Der Schuldner braucht sonach die an ihn gelangte Zurücknahmeerklärung erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von ihr Kenntnis erlangt hat.[33])

2. Die prozessualen Konsequenzen des § 409 sind folgende.

a) Hat der Schuldner mit dem Angezeigten einen Prozess über die Forderung geführt, so muss der Anzeigende das Ergebnis dessen, was der Nichtberechtigte gethan hat, unbedingt gegen[34]) sich gelten lassen. Das Urteil schafft Rechtskraft und wenn die Zurücknahme während des Prozesses geschieht, so findet § 265 CPO. Anwendung. — Alles dies gilt auch dann, wenn der Schuldner wusste, dass eine wirksame Abtretung nicht stattgefunden hatte. Im Gegensatz zum ersten Entwurf (§ 306 II Satz 2) ist der § 409 nicht mehr eine Vorschrift, welche nur den Schutz des guten Glaubens bezweckt.

b) Was in dem Verhältnis des Schuldners zu dem Anzeigenden gilt, gilt auch gegenüber dessen Nachfolger und zwar nicht nur dann, wenn eine Abtretung nach der Anzeige stattgefunden hatte.[35]) Ist die An-

---

31) Bei oberflächlicher Betrachtung kommt man leicht auf die Annahme eines Vertrags. Er liegt aber hier ebensowenig vor, wie bei der zustimmungsbedürftigen Aufhebung einer vertragsmässigen Verfügung von Todes wegen, die das Gesetz (§ 2290) in einigen Fällen fehlerhafter Weise als Vertrag bezeichnet. Vgl. m. Verträge S. 629 f.. dazu noch §§ 1511, 1515, 1516.

32) Vgl. näher unten § 56, 57.

33) Dies ist bereits von Hachenburg Vortr. S. 242 zutreffend hervorgehoben. Dass die Zurücknahme nur ex nunc wirke, ist allgemein anerkannt, vgl. Planck Erl. 4, Schollmeyer Bem. 4 zu § 409. Ist die Anzeige zurückgenommen, so kann der Schuldner die Aufrechnung mit dem ihm gegen den Angezeigten zustehenden Forderungen zwar nicht mehr dem Angezeigten erklären, wohl aber hat er das Aufrechnungsrecht gemäss § 406. Unrichtig Hachenburg, Vortr. S. 243.

34) Über die Wirkung für den Anzeigenden vgl. unten S. 403 f.

35) Die Abtretung muss der Schuldner nur von der rechtsgültigen Zurücknahme der Anzeige an (und der Kenntnis von ihr) gegen sich gelten lassen; sie wirkt also so, als wäre sie erst jetzt vorgenommen. Dies ist die unabweisliche Konsequenz des zu Note 33 Gesagten.

zeige gemacht, nachdem bereits rechtswirksam abgetreten war, so geschah sie nicht von dem „Gläubiger", sondern von dem „bisherigen Gläubiger" im Sinne des § 407, ist also nur wirksam, wenn der Schuldner zur Zeit des Empfangs der Anzeige in Unkenntnis von der Abtretung war. Zweifellos hat dann ein Prozess, welcher zwischen dem Schuldner und dem Angezeigten begonnen hat, die in § 407 II bezeichnete Wirkung gegen den Cessionar, falls der Schuldner bei Beginn der Rechtshängigkeit noch in Unkenntnis war. Ebenso sicher ist, dass die Wirkung der Prozessführung, die von oder gegenüber dem Nichtberechtigten (dem Angezeigten) geschah, nicht dadurch hinfällig wird, dass der Schuldner nach dem Prozessbeginn von der ersten Abtretung Kenntnis erhielt.[36]) — Bestritten ist es, ob der Schuldner bis zur gültigen Zurücknahme der Anzeige den Angezeigten auch gegenüber dem Cessionar als seinen Gläubiger behandeln darf, obwohl er inzwischen erfahren hat, dass der Anzeigende nicht mehr sein Gläubiger war.[37]) Bejaht man diese Frage, so ist der Beginn des Prozesses mit dem Angezeigten auch dann wirksam, wenn der Schuldner schon bei dem Prozessbeginn Kenntnis hatte.

c) Zweifelhaft ist die Beantwortung der Frage, welche Bedeutung die Prozessführung des Angezeigten hat, wenn eine Rechtsübertragung nicht stattgefunden hatte und die Anzeige selbst anfechtbar ist und mit Erfolg angefochten[38]) wird. Hätte eine Cession stattgefunden, so wäre nach der hier vertretenen Auffassung der Prozess mit Wirkung

---

36) Hat im Falle des § 407 der Cessionar das Recht, den von dem Cedenten begonnenen Prozess zu übernehmen (vgl. unten § 57 S. 402), so muss dem wirklichen Gläubiger dieses Recht auch in Beziehung auf den von dem Schuldner mit dem Pseudocessionar begonnenen Prozess eingeräumt werden.

37) Verneinend Motive zu E. I Bd. 2 S. 136, Örtmann Bem. 5 zu § 409 bejahend Planck Erl. 5 zu § 409, Hachenburg S. 243, Schollmeyer Bem. 2b zu § 409, Enneccerus BR. § 224, II f. M. E. ist zu verneinen. Die Anzeige des Nichtberechtigten schafft eine Situation, aus welcher sich erst durch Hinzutritt weiterer Thatsachen (Rechtsgeschäft, Prozess) Rechtsfolgen ergeben, deren Wirksamkeit (gegenüber dem Berechtigten) von dem guten Glauben des Schuldners abhängt.

38) Anfechtungsgegner ist für die Anfechtung der Anzeige stets der Schuldner (auch dann, wenn sie durch Vorzeigung der Abtretungsurkunde geschah). Anfechtung der Abtretung (BGB. § 143 II) ist nicht Anfechtung der Anzeige. Die Anfechtbarkeit cessiert im Falle der Täuschung, wenn diese von einem Dritten begangen und dem Schuldner ohne Fahrlässigkeit unbekannt war, als er die Anzeige empfing. Bei Anfechtung wegen Irrtums (§ 119, 120) kommt § 122 zur Anwendung. — Es kann sehr wohl sein, dass das Cessionsgeschäft anfechtbar ist, die Anzeige aber nicht. Dann ist der Schuldner auf alle Fälle gedeckt.

gegen den Anfechtenden begonnen.[39]) Erhielt nun beim Fehlen eines durch die anfechtbare Abtretung herbeigeführten Rechtsübergangs der Schuldner durch die Mitteilung das Recht, den Angezeigten als seinen Gläubiger zu behandeln, so wird man auch anzunehmen haben, dass die vor der Anfechtung der Anzeige und vor der Kenntnis ihrer Anfechtbarkeit vorgenommene Prozesshandlung wirksam bleibt.

3. Die Bestimmungen des § 409 gelten auch für den Fall, dass der bisherige Gläubiger die Anzeige von einer Verpfändung oder Niessbrauchsbestellung[40]) oder von einer kraft Gesetzes vollzogenen Übertragung[41]) einer Forderung macht.[42]) Sie finden entsprechende Anwendung, wenn der bisherige Inhaber eines anderen Rechts[43]) dessen Übergang einem oder mehreren bestimmten Dritten angezeigt hat. Rechtsgeschäfte und Prozesse, welche diese Dritten mit dem ihnen bezeichneten Rechtsnachfolger vorgenommen haben, muss der Anzeigende gegen sich gelten lassen, obwohl sie gegenüber dem Nichtberechtigten geführt sind. Eine andere Frage ist die, welche Wirkung es hat, wenn der bisherige Berechtigte den Einen als den Erwerber anzeigt und das Recht einem Anderen überträgt. Ist der Rechtsübergang durch Eintrag

---

39) Vgl. oben S. 119—124.

40) Arg. §§ 1070 I, 1275 BGB. Analog bestimmt § 836 II CPO. für den Fall der Pfändung einer Forderung. Vgl. auch § 857 I CPO.

41) Es ist gleichgültig, ob die Mitteilung so abgefasst wird, dass sie direkt den Übergang der Forderung oder den sie kraft Gesstzes herbeiführenden Thatbestand (vgl. z. B. Note 42) anzeigt. Eine Komplikation ergibt sich aus § 25 I Satz 2, § 28 I Satz 2 HGB. Macht der Kaufmann bekannt, dass er sein Geschäft veräussert habe und dass der Erwerber es unter der bisherigen Firma fortführe, so tritt, wenngleich eine Veräusserung nicht stattgefunden hat oder wenn der Vertrag nichtig ist, dennoch die im HGB. statuierte Folge ein. Der Mitteilung des Geschäftsinhabers steht es gleich, wenn er die Geschäftsübernahme zum Handelsregister anmeldet und hierdurch die Bekanntmachung seitens des Gerichts herbeiführt. Denn diese geschieht infolge seines Antrags und sichert deshalb die Geschäftsschuldner bei Nichtigkeit der Veräusserung geradeso, wie die spezielle Mitteilung, von welcher der § 409 BGB. spricht. (Die Eintragungen im Grundbuch werden nicht bekannt gemacht!) — Eine andere Frage ist es, welche Wirkung es hat, wenn eine gültige Geschäftsübernahme stattgefunden hat, aber unter Ausschluss der Aktiva. Darüber vgl. § 25 II, § 28 II HGB.

42) Zutreffend macht Hachenburg S. 244 darauf aufmerksam, dass unter den Gesichtspunkt des Textes die Mitteilung gehört, dass der Erwerber in Surrogationsfällen mit den Mitteln des Surrogationsberechtigten erworben habe. (Vgl. oben § 12 Note 5.) Ist letzteres nicht wahr, so tritt eine Surrogation nicht ein, aber der Anzeigende muss sich so behandeln lassen, als wäre sie erfolgt. — Auch bezüglich anderer Rechte, als Forderungen wirkt die Surrogationsanzeige.

43) BGB. § 413, vgl. näher unten S. 394f.

in Grundbücher oder durch Übergabe von Urkunden zu vollziehen und ist der Erwerber gegen Mängel im Autorrechte geschützt, so schadet einem solchen Erwerber die Anzeige nichts. So muss zwar der Eigentümer die Mitteilung von der Auflassung, der Hypothekar die Anzeige des Übergangs der Hypothek gegen sich gelten lassen, nicht aber der Andere, an den die Auflassung wirklich erfolgt ist oder dem die Buch- oder Briefhypothek wirklich übertragen wurde. Will der Empfänger der Anzeige in solchen Fällen sicher gehen, so muss er sich vergewissern, ob die Eintragung im Grundbuch erfolgt ist, ob der Angezeigte im Besitz des Hypothekenbriefs ist.[44]) Ist dies der Fall, so hat die spezielle Anzeige immerhin ihre Bedeutung. Denn der Empfänger der Anzeige ist hier gegen die Folgen der Nichtigkeit der Übertragung geschützt.

Angesichts des § 413 BGB. ist es eine überflüssige Verdeutlichung, wenn § 576 hervorhebt, dass der Vermieter, der den Übergang des Eigentums[45]) dem Mieter angezeigt[46]) hat, in Ansehung der Mietzinsforderungen die Folgen erleidet, die sich aus der Übertragung des Eigentums ergeben würden, falls sie wirklich stattgefunden hätte. Ganz ebenso muss der eine von den beiden Miterben, der den Passivbeteiligten mitteilt, dass er seinem Rechtsgenossen seinen Erbteil abgetreten habe, die Folgen aller Rechtshandlungen anerkennen, die gegenüber dem angeb-

---

44) Ebenso ist es, wenn der Wechselgläubiger dem Schuldner anzeigt, dass er an den A indossiert habe, während er an den B indossiert. Dem B gegenüber ist die Anzeige wirkungslos, gegen den Anzeigenden aber haben die von dem A oder die ihm gegenüber vorgenommenen Rechtshandlungen die in § 409 (413) vorgeschriebene Wirkung. — Beim Vertrag auf Leistung an den Versprechensempfänger aut cui volat (oben S. 280 f.) wirkt das, was gegenüber dem Angezeigten geschieht, gegenüber demjenigen, dem das Recht auf die Leistung wirklich verliehen wurde. (Man denke etwa an den Fall, dass der Versicherungsnehmer der Gesellschaft mitteilt, dass der X bestimmt sei, während in einer letztwilligen Verfügung der Z genannt wird. BGB. § 332.)

45) An ihn knüpft sich kraft Gesetzes der Eintritt in das Mietverhältnis. Die Anzeige braucht sich, wie § 576 bestätigt, keineswegs auf diesen zu beziehen. Vgl. oben Note 41/2.

46) Stellt der Vermieter dem Anderen zum Gebrauch gegenüber Dritten eine Bescheinigung aus, dass das Eigentum auf ihn übergegangen sei, und wird diese Bescheinigung dem Mieter vorgelegt, so ist dies nur eine andere Form der Anzeige (vgl. oben Note 26). Es ist deshalb irrelevant, dass die II. Kommission die Anwendbarkeit des § 409 mit Rücksicht auf die Ausstellung einer solchen Urkunde nicht ausgesprochen hat, weil ein solcher Fall kaum jemals vorkommen werde. (Protok. II S. 147.) — Die Auflassung und die Eintragung im Grundbuch wirkt lediglich gemäss § 893 BGB., also bei ihrer Nichtigkeit nur zu Gunsten des Gutgläubigen. Vgl. unten § 60.



lichen Alleinerben vorgenommen sind. Ein Eigentümer, der einem Anderen eine Urkunde über die simulierte Übertragung des Eigentums ausgestellt hat, muss die Rechtshandlungen des Scheinerwerbers gegen sich gelten lassen, wenn dieser die Urkunde einem Dritten gegenüber produzierte und dieser daraufhin einen Eigentumsprozess mit ihm begonnen hat; ebenso wirkt die Prozessführung gegen den Eigentümer, wenn dieser einem Dritten (etwa dem Eigentumsprätendenten) eine bestimmte Person als seinen Nachfolger bezeichnet hat.[47])

II. Wirksamkeit der Prozessführung des Nichtberechtigten auf Grund des guten Glaubens.

1. Unkenntnis des eingetretenen Rechtsübergangs.

§ 56.

a) Die in Betracht kommenden Fälle (§§ 407, 412, 413 BGB).

Die zahlreichen Fälle, in denen das Reichsrecht der mit einem falsus contradictor prozessierenden Partei das Recht, sich auf das Urteil zu berufen, deshalb verleiht, weil die Partei im guten Glauben an die Sachlegitimation ihres Gegners war, lassen sich unter verschiedene Kategorien bringen. Wir betrachten zunächst die Vorschrift, dass der Partei die Rechtskraft gegenüber dem Rechtsnachfolger des Gegners deshalb zu gute kommt, weil der Rechtsvorgänger nach der bisherigen Rechtslage die Legitimation zur Prozessführung hatte und diese ohne Kenntnis der Partei fortgefallen war.

I. Dieser ausserordentlich bedeutsame Rechtssatz ist in dem § 407 BGB. für den Fall der Forderungsabtretung anerkannt.

1. Der § 407 bezieht sich von vornherein nicht nur auf die Abtretung von obligatorischen Fordungen, sondern auch auf die Abtretung von dinglichen Ansprüchen, d. h. von solchen Forderungen auf eine Leistung des Verpflichteten, welche den Zweck hat, den dem dinglichen Rechte

47) Wie man sieht, sind diese Situationen schon sehr nahe verwandt mit dem in l. 63 D. 42. 1 bezeichneten Thatbestande. Der Unterschied liegt darin, dass in der l. 63 gerade umgekehrt vorausgesetzt wird, dass der Erwerber es geschehen lässt, dass der Rechtsvorgänger sich noch als der Berechtigte geriert. Vgl. näher unten § 67,8.



entsprechenden thatsächlichen Zustand herbeizuführen. Würde es eines Beweises bedürfen, so genügt es, auf die §§ 931, 986, 1032 BGB. zu verweisen, welche die Folgen der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache normieren und, wie § 934 zeigt, nicht etwa (wie die §§ 870, 1208 II) nur den Fall im Auge haben, dass der Herausgeberanspruch aus einem Vertragsverhältnis oder einem sonstigen obligatorischen Rechtsverhältnisse entsprungen ist.

Ist die Forderung durch Pfandrecht oder Hypothek versichert, so gilt der § 407 allemal bezüglich der persönlichen Forderung und der persönlichen dinglichen Ansprüche auf Nebenleistungen,[1]) bei dem Faustpfandrecht und bei der Sicherungshypothek aber, wie vorausgenommen werden darf, auch bezüglich des hier rein accessorischen dinglichen Rechts.[2]) Bei der Buch- und Briefhypothek aber bleibt der § 407 im übrigen ausser Anwendung. Die Unkenntnis des Eigentümers des belasteten Grundstücks ist irrelevant. Will er sicher gehen, so muss er sich vergewissern, dass der Kläger im Grundbuch eingetragen bezw. im Besitze des Hypothekenbriefes ist.[3]) Ist dies der Fall, so ist der Schuldner gesichert.[4])

2. Die Bestimmungen des § 407 II beziehen sich direkt nur auf die rechtsgeschäftliche Herbeiführung eines vollen Rechtsübergangs. Aber nach § 1275 und 1070 BGB. gilt der § 407 entsprechend auch bei der Verpfändung einer Forderung und bei der Niessbrauchsbestellung. Auch bei der Verpfändung von Forderungen ist der § 407 II von Bedeutung, wenngleich das Pfandrecht erst mit dem Eingang der Anzeige (bei dem Drittschuldner) entsteht. Denn es ist möglich, dass dieser von

---

1) Das Nähere ergeben die §§ 1158/9. Der § 407 II findet Anwendung a) auf alle rückständigen Nebenleistungen, b) ferner aber auch auf diejenigen, die nicht später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Eigentümer von der Übertragung Kenntnis erlangt, oder in dem folgenden Vierteljahr fällig werden.

2) § 1185.

3) Dieser ist bei der Geltendmachung der Hypothek auf Verlangen vorzulegen (§ 1160). Hat der Eigentümer ein Interesse an der Vorlage, so kann er sie nach § 810 BGB. erzwingen.

4) BGB. § 1155. Dieser Paragraph bezieht sich direkt allerdings nur auf Rechtsgeschäfte, da er auf §§ 892/3 Bezug nimmt. Aber sollte es denkbar sein, dass der persönliche Schuldner, der die Abtretung nicht kennt, mehr geschützt ist, als der Eigentümer, dem der Hypothekar den Hypothekenbrief vorlegt, nachdem er ihn auf irgend eine Weise nach Vollzug der Abtretung (§ 1154) wieder erlangt hat? Vgl. unten bei Note 24.



dem Eingang (§ 130) keine Kenntnis erhält. Nach dem gemäss § 1275 anwendbaren § 407 kommt es aber allein auf die Kenntnis an, nicht auf die Zeit des Eintritts der Rechtsänderung. — Alles dies gilt auch dann, wenn sich die Anzeige gemäss § 132 BGB. durch Zustellung des Gerichtsvollziehers vollzieht.[5]) Nur wird in diesem Falle die Kenntnis bis zum Beweis des Gegenteils zu vermuten sein.[6])

3. Der rechtsgeschäftlichen Verfügung steht gleich der Übergang oder die Verpfändung eines Anspruchs, welche durch die rechtskräftige Verurteilung zu ihrer Bewirkung herbeigeführt werden (§§ 894, 897 CPO). Für den Fall der Pfändung [7]) einer Forderung fehlt eine ausdrückliche Vorschrift darüber, ob dem Drittschuldner die Unkenntnis von der durch die Entstehung des Pfandrechts herbeigeführten Änderung zu Statten kommt. Meines Erachtens ist die Frage ebenso zu bejahen, wie bei der Verpfändung. [8]) Dies folgt nicht nur aus dem unter 2 Gesagten, sondern auch daraus, dass es nach § 408 Abs. 2 in dem dort geregelten Falle zweifellos auf die Kenntnis von dem gerichtlichen Überweisungsbeschluss ankommt; es wird bestätigt dadurch, dass die CPO. § 836 II auf die Kenntnis der Zurücknahme des Überweisungsbeschlusses abstellt.[9])

---

5) So auch Hachenburg, Vortr. S. 204. In der ersten Kommission (Protokolle S. 1304) war ein Antrag gestellt, an die Zustellung schlechthin die Folgen der Kenntnis zu knüpfen. Er wurde aber mit der Motivierung abgelehnt, dass dadurch die Lage des Schuldners eine schlimmere werde, als sich mit dem Wesen des Schuldverhältnisses vertrage.

6) Dies scheint auch die Meinung von Planck Erl. 1 zu § 406 BGB. zu sein. Man wird übrigens das Gleiche anzunehmen haben, wenn es feststeht, dass die durch die Post oder durch Boten beförderte Anzeige bei ihm eingegangen ist, und er leugnet, dass er von ihrem Inhalt Kenntnis erlangt hat. Über die Frage der Post-Ersatzbestellung s. m. Verträge S. 526 Note 63.

7) Wegen des in ihr enthaltenen gerichtlichen Einziehungsverbots hat der Vollstreckungsschuldner die Pfändung zu beachten, auch wenn er sie erst während des Prozesses erfährt, geradeso als wenn sie erst während des Prozesses erfolgt. Vgl. unten § 58.

8) Ich habe diese Ansicht schon für das bisherige Recht in Verpf. u. Pfändung von Ford. S. 126 ff. vertreten. Litteratur bei Struckmann-Koch Bem. 6 zu § 829, dazu noch Hachenburg, Vortr. S. 234 ff.

9) Hachenburg, Vortr. S. 234 ff. stützt sich für die gegenteilige Ansicht auf § 2129 BGB., in welchem er das Prinzip ausgedrückt findet, dass es bei der Zustellung einer gerichtlichen Anordnung auf die Kenntnis nicht ankomme. Allein m. E. ist der Abs. 2 Satz 2 so zu interpretieren: der Erbschaftsschuldner ist nicht geschützt, wenn ihm der Beschluss zugestellt ist oder wenn er in anderer Weise von ihm Kenntnis erhalten hat. Es soll damit nur ausgedrückt sein, dass die Zustellung nicht essentiell ist. — Es ist absolut nicht einzusehen, weshalb es bei der Zustellung eines Beschlusses



4. Der § 407 II BGB. gilt ferner in ganz gleicher Weise zum Schutze des debitor nesciens, wenn der Übergang eines Anspruchs sich kraft Gesetzes vollzieht.[10]) Dass unter diesem Gesichtspunkt auch alle Fälle der nach dem BGB. ungemein wichtigen sog. dinglichen Surrogation von Ansprüchen gehören, wurde bereits in anderem Zusammenhang[11]) erwähnt.

Wie ebenfalls schon früher[12]) begründet wurde, vollzieht sich mit der Übertragung des Eigentums, die unter anderen Regeln steht, kraft Gesetzes der Übergang der zur Zeit der Auflassung[13]) begründeten Eigentumsansprüche und der sonstigen, dem Eigentümer als solchem zustehenden Ansprüche. Hier ist jedoch der § 412 (407 II) nicht anwendbar. Vielmehr ist anzunehmen, dass auch hier[14]) der Grundbuchseintrag entscheidet. Der Besitzer eines fremden Grundstücks, der sicher gehen will, darf sich nicht darauf verlassen, dass sein Prozessgegner noch im Grundbuch eingetragen sei; er muss dieses einsehen. Hat er mit dem Auflassenden in Unkenntnis der geschehenen Auflassung Rechtsgeschäfte

---

und einer sonstigen Anzeige anders sein sollte. Das Entscheidende ist die Schutzbedürftigkeit des Schuldners. Eine Abweichung in der Richtung, dass es auf seine Kenntnis nicht ankommt, müsste im Wesen der Zustellung begründet sein. Das ist aber nicht der Fall, vgl. Note 5/6 und den Text dazu.

10) Das BGB. enthält sehr zahlreiche derartige Vorschriften, vgl. z. B. §§ 268, 1150, 1249, 426, 774, 1143, 1225, 1607, 1709. Die §§ 25 I Satz 2, 28 I Satz 2 HGB. enthalten die Bestimmung, dass die Geschäftsforderungen den Schuldnern gegenüber als übergegangen gelten. Aber diese sind gegen die Unkenntnis des Übergangs bis zur Erlangung der Kenntnis geschützt. § 15 Abs. 2 kehrt nur die Beweislast um. Vgl. Staub Anm. 16 zu § 25 HGB.

11) Vgl. oben § 54 Note 5, dazu noch § 1247 Satz 2 BGB. — Nicht hierher gehört § 392 HGB. Der Kommisionär bleibt Gläubiger bis zur Abtretung; das besondere ist nur, dass die Forderung dem Zugriff der Gläubiger des Kommissionärs entzogen ist und im Konkursfall (ebenso wie allgemein die in § 46 KO. bezeichneten Forderungen) ausgesondert werden kann. Hier handelt es sich um obligatorische Surrogation, welche nur im Verhältnis zu den Gläubigern gegenüber den gewöhnlichen Fällen (z. B. § 816, 281 BGB.) die bezeichnete Besonderheit hat. Der Schuldner hat den Kommissionär so lange als seinen Gläubiger zu behandeln, bis die Forderung an den Kommittenten abgetreten (ausgesondert) ist. Die Kenntnis des Schuldners von dem Vorhandensein des Anspruchs auf Abtretung ist irrelevant.

12) Vgl. oben § 35 S. 243 ff.

13) Die Übertragung des Eigentums an beweglichen, in fremdem Besitz befindlichen Sachen kann sich nur durch Abtretung des Herausgabeanspruchs vollziehen. Hier ist also § 407 II direkt anwendbar.

14) Ebenso wie im Falle des § 1156. Vgl. auch oben S. 244 Note 14.



geschlossen oder einen Prozess begonnen, so sind diese für den Erwerber bedeutungslos.[15])

Die gleichen Grundsätze gelten im allgemeinen auch in dem Verhältnis des Mieters zu dem Vermieter und dem Erwerber des Mietgrundstücks, der von der Zeit seines Eigentums an in die Rechte aus dem Mietverhältnis eintritt. Eine Ausnahme macht jedoch das Gesetz bezüglich der Rechtsgeschäfte, welche in Ansehung der für die Zeit nach dem Übergang des Eigentums zu entrichtenden Mietzinsforderungen vorgenommen werden. Sie sind gegen den Erwerber in gewissem Umfang (§ 574 Satz 1) wirksam, wenn der Mieter den Übergang nicht kannte.[16]) Hier ist zwar anzunehmen, dass der Erwerber den Mietzins nicht einfordern kann, wenn der Mieter zur Zahlung rechtskräftig verurteilt ist,[17]) aber auf die Abweisung des Klägers kann er sich dem Erwerber gegenüber nicht berufen und noch weniger auf die Anhängigkeit des Prozesses.[18])

II. Ungemein wichtig ist, dass der § 407 II nicht nur den Schuldner schützt, der von der Veränderung der Gläubigerschaft keine Wissenschaft hatte, sondern nach § 413 im allgemeinen auch solchen Dritten zu gute kommt, welche ohne Kenntnis des Übergangs anderer Rechte, als der Ansprüche auf Leistung mit dem bisherigen Berechtigten einen Prozess über das Recht begonnen haben. Wäre das Ergebnis dieses Prozesses gegenüber dem Erwerber massgebend, falls die Rechtsnachfolge vor dem Prozessbeginn stattgefunden hätte, so ist es nach dem

---

15) Eine andere Frage ist, ob der Besitzer, der das Grundstück an den früheren Eigentümer herausgibt, gegenüber dem Erwerber auf Schadensersatz haftet. Dies beurteilt sich nach §§ 989—991 BGB.

16) § 574 Satz 2. Die Beschränkung des Abs. 1 gilt auch hier.

17) Dies steht der Zahlung gleich, vgl. unten § 59 a. E.

18) Im Resultat übereinstimmend Hachenburg, Vortr. S. 227. Er motiviert damit, dass der Erwerber nicht Rechtsnachfolger des Vermieters sei. Das ist richtig bezüglich der nach dem Übergang des Eigentums entstehenden Forderungen, unrichtig aber bezüglich des Mietverhältnisses im Ganzen (als der Quelle, aus welchem auf Grund der Fortgewährung des Gebrauchs die einzelnen Forderungen entstehen). Vgl. oben § 35. Die richtige Motivierung ergibt sich, wenn man die Frage von dem im Texte bezeichneten Ausgangspunkte aus betrachtet. Es handelt sich um einen Irrtum in der Person dessen, für welchen das Forderungsrecht entstanden ist. Über die bedingenden Verhältnisse kann sich der Mieter aber aus dem Grundbuch orientieren. Das Gesetz schützt ihn gegen die Gefahren, die aus der Unterlassung entstehen, nur in begrenztem Umfang.

§ 407 II in Verbindung mit § 413 wirksam, obwohl der Prozess nach dem Rechtsübergang stattgefunden hat.

1. Die Anwendbarkeit des § 407 II setzt nicht voraus, dass die sämmtlichen Vorschriften des 4. Abschnittes bezüglich der Übertragung des konkreten Rechts zur Anwendung gelangen. Vielmehr kann er sehr wohl auch dann Platz greifen, wenn die Form der Übertragung sich in anderer Weise, als durch einfache Einigung vollzieht. Zweifellos findet der § 407 II auf Hypotheken (in Ansehung des dinglichen Rechts) insoweit, als das Gesetz keine Ausnahme gemacht hat,[19]) Anwendung, obwohl die Übertragung der Hypothek stets einer Form (§ 1154) bedarf. Ebenso gilt der § 413, wie allgemein anerkannt ist, für die Urheber- und Erfinderrechte, obwohl hier die Geltendmachung der übertragenen Rechte (gegen Dritte) von der Eintragung abhängig ist. Er ist aber auch auf die Übertragung des Erbschaftsanteils an einen Dritten oder an die Miterben, auf den Eintritt der Nacherbfolge,[20]) auf den Übergang des Eigentums oder anderer Rechte (als Forderungen) kraft der sog. dinglichen Surrogation,[21]) auf den Anfall eines bedingt übertragenen Rechts infolge Eintritts der Bedingung und auf den Rückfall

19) Vgl. darüber oben bei Note 1/4.

20) Hierüber wurde bereits oben S. 224/25, bes. bei Note 25 gesprochen. Hier ist nur auf folgendes hinzuweisen. Haben die Rechte, über welche der Vorerbe nach Eintritt der Nacherbfolge prozessiert, ihren Entstehungsgrund in Rechtsgeschäften des Vorerben, so ist einfach § 407 einzuwenden. Gehören sie aber aus anderen Gründen zur Erbschaft, so steht nach § 2140 das Kennenmüssen dem Kennen gleich. — Hat der Vorerbe die Klage erhoben, indem er ohne Fahrlässigkeit in Unkenntnis war, so greift der in § 58 zu besprechende Gesichtspunkt ein. Hier muss der Beklagte die Klaganstellung anerkennen, auch wenn er bei der Zustellung Kenntnis vom Nacherbfall hat. Denn die Vorschrift ist im Interesse des Vorerben gegeben. Der Beklagte kann — unter der Voraussetzung des § 242 CPO. — nur geltend machen, dass der Vorerbe zur Führung des Prozesses nicht mehr berechtigt ist und dass ihn der Nacherbe fortzusetzen hat.

21) Beispiel: Der Erbschaftsbesitzer hat mit Erbschaftsmitteln ein Grundstück erworben (§ 2019). Die Auflassung ist auf seinen Namen erfolgt. Ein Dritter führt mit ihm einen Prozess über das Eigentum oder über eine Grundgerechtigkeit. — Gegen den Ehemann, der eine bewegliche Sache mit Mitteln des eingebrachten Guts erworben hat (§ 1381), ist ein Anfechtungsprozess geführt; es ist festgestellt, dass das Eigentum dem Kläger wieder zusteht und der Ehemann ist zur Rückgabe der gekauften Sache verurteilt, weil er den Verkäufer betrogen hat oder weil er die Sache in Kenntnis der fraudulösen Absicht des Gemeinschuldners erworben hat. In beiden Fällen braucht der Kläger nicht noch einmal mit dem Erben oder der Ehefrau zu prozessieren. — Die in den §§ 67f. zu erörternden Grundsätze bleiben hier zunächst ausser Betracht.

eines Rechts[22]) zu beziehen. Auch das macht keinen Unterschied, ob die Übertragung durch Rechtsgeschäft oder kraft Gesetzes eintrat.

2. In allen Fällen nützt aber die Unkenntnis des Rechtsübergangs dem Dritten nichts, wenn das Gesetz besondere Vorkehrungen getroffen hat, damit die Rechtsveränderungen erkannt werden können. Hierher gehört vor allen Dingen die Einrichtung der Grundbücher. Aber auch die Bestimmung, dass der Schuldner nur gegen Aushändigung der Anweisung,[22a]) des Order- oder Inhaberpapiers zu leisten braucht und dass zur Übertragung die Aushändigung der Urkunde gehört, kommt in diesem Zusammenhang in Betracht. Der Schuldner ist stets in der Lage, sich über die Fortdauer der bisherigen Berechtigung dadurch zu vergewissern, dass er die Vorlage der Urkunde fordert.[23]) Er kann sich deshalb auf seinen Glauben an die Fortdauer der Berechtigung nicht berufen, wenn er sich die Urkunde nicht hat vorlegen lassen. Hat er dies gethan, ist aber trotzdem eine Änderung eingetreten, von der er nichts wusste, so kommt der § 407 II BGB. zur Anwendung, so z. B. wenn der Hypothekar, der die Briefhypothek gemäss § 1154 BGB. abgetreten hatte, wieder in den Besitz des Hypothekenbriefs gelangt ist und unter Vorlage desselben einen Prozess mit dem Eigentümer begonnen hat.[24])

Die Unkenntnis einer Thatsache, welche das Eigentum an einer beweglichen Sache auf einen Anderen zu übertragen geeignet ist, kann der Natur der Sache nach nur unter besonderen Voraussetzungen Bedeutung erlangen.

a) War der bisherige Eigentumsprätendent nicht im Besitze der Sache, so kann er sein Eigentum nur durch Abtretung des Eigentumsanspruchs übertragen (§ 931). Hier versteht es sich von selbst und wird durch § 986 II BGB. auch noch bestätigt, dass der Besitzer, der von der Abtretung keine Kenntnis erlangt hatte, sich gegenüber dem Erwerber auf den § 407 II BGB. berufen kann, wenn er mit dem Cedenten einen Prozess begonnen hatte. Dies gilt sowohl dann, wenn der Dritte Besitzmittler war, als auch dann, wenn er Eigenbesitz hatte.

Nur als eine Anwendung dieses allgemeinen Grundsatzes erscheint die Bestimmung des § 372 II HGB. Dort ist der Fall geregelt, dass

22) Vgl. oben § 15.
22a) BGB. § 785.
23) Vgl. auch § 810 BGB.
24) Vgl. oben Note 4.

das Eigentum an der im Besitze des Retentionsberechtigten befindlichen Sache von dem Schuldner auf einen Dritten übergegangen ist. Der Gläubiger darf den Schuldner noch so lange als den Eigentümer behandeln, bis er von dem Eigentumswechsel (der sich nur durch Übertragung des Herausgabeanspruchs [25]) vollziehen kann) Kenntnis erhalten hat. Die prozessuale Konsequenz spricht § 372 II aus: der neue Eigentümer muss das Urteil gegen sich gelten lassen, welches gegen den früheren Eigentümer erging, wenn der Gläubiger bei Beginn der Rechtshängigkeit keine Kenntnis von dem Rechtsübergang hatte.[26])

b) Hatte der bisherige Eigentumsprätendent den Eigenbesitz, so kann er das Eigentum durch constitum possessorium übertragen (§ 930). Nun nehme man an, dass ein Dritter Eigentum zu haben behauptet und mit dem Veräusserer, der jetzt Besitzmittler ist, einen Prozess beginnt. Hatte er Kenntnis von der Veräusserung, so schafft das Urteil keine Rechtskraft gegen den Erwerber. Wie aber, wenn er keine Kenntnis und deshalb auch keine Veranlassung hatte, die Eigentumsfeststellungsklage gegen den Erwerber zu richten? Muss er nochmals gegen diesen klagen? Meines Erachtens ist die Situation analog derjenigen, welche vorliegt, wenn der debitor cessus gegen den Cedenten auf die Feststellung des Nichtbestehens der angeblichen Schuld geklagt hat: die Rechtskraft erstreckt sich auf den Erwerber, es sei denn, dass dieser bei der später erfolgenden Übergabe [27]) der Sache im guten Glauben und in Unkenntnis von dem Prozess war.[28])

3. Nützt dem Dritten die Unkenntnis des (bestehenden oder be-

25) Durch Cession oder Verleihung des Anspruchs, so auch durch Übergabe des Konnossements oder Lagerscheins (vgl. o. § 41 Note 4). Ist der Dritte gegen die Einwendung aus der Person des Übertragenden geschützt (vgl. § 369 Abs. 2, 3 HGB. verbunden mit § 986 II BGB. einerseits und § 364 II HGB. anderseits), so muss sich der Zurückbehaltungsberechtigte vergewissern, ob der Schuldner noch im Besitz des Lagerscheins oder Konnossements befindet. Dies steht im Einklang mit dem oben bei Note 23 Gesagten.

26) Die Denkschrift zu § 372 HGB. bezeichnet die Bestimmung als eine dem Gedanken des § 1248 BGB. entsprechende Vorschrift, die nur zu dem Zwecke aufgenommen wurde, um etwaige Zweifel auszuschliessen, die bei blosser Bezugnahme auf das BGB. entstehen könnten. Es ist aber zu beachten, dass § 1248 BGB. eine viel weiter gehende Bedeutung hat. Vgl. § 59.

27) BGB. § 933. Hierdurch erst wird er schlechthin Eigentümer und die Rechte des Siegers gehen unter.

28) Vgl. oben §§ 27/9. — Hat der Veräusserer sich mit Zustimmung des Erwerbers unter Verschweigung der Veräusserung auf den Prozess eingelassen, so ist der Erwerber aus diesem Grunde an den Ausgang des Prozesses gebunden. Dies ist ein Fall, der unter l. 63 D. 42, 1 fällt. Vgl. unten § 67/8.



haupteten) Rechts, so gilt dasselbe auch für die Prozesse über die Ansprüche, welche bei Fortdauer des bisherigen Rechtszustands auf Grund des Rechtes für den bisherigen Berechtigten entstanden sein würden, wenngleich die Entstehung in der Zeit nach dem Rechtsübergang stattfand. Ein Beispiel mag das Gesagte verdeutlichen. Der Autor eines Schriftwerks hat sein Urheberrecht veräussert. Der § 407 findet ebenso Anwendung, wenn er mit einem Dritten, der keine Kenntnis von der Übertragung hatte, ein Rechtsgeschäft über die Forderung aus einer Verletzung des Urheberrechts, die nach der Veräusserung stattfand, geschlossen hat, wie dann, wenn über diese Forderung ein Prozess begonnen wurde. Man könnte diesen Satz deshalb bezweifeln, weil es sich in Ansehung dieser Forderung nicht um einen Irrtum über die Fortdauer einer bisherigen Berechtigung handele, sondern um einen Irrtum über die Frage, für wen der Anspruch aus der Verletzung entstanden sei. Allein es dürfte richtig sein, in Ansehung des § 407 die Ansprüche lediglich als Ausflüsse des Mutterrechts und ebenso wie dieses zu behandeln. Auch die Zinsenforderungen entstehen erst durch die Fortdauer der Hauptschuld; man wird aber trotzdem kein Bedenken tragen, den § 407 in vollem Umfang auch auf diejenigen Zinsenforderungen anzuwenden, die erst nach der Abtretung entstanden sind.

§ 57.

b) Die prozessuale Bedeutung des § 407 BGB.

I. Aus der vorstehenden Übersicht der zahlreichen Fälle, welche unter die Vorschrift des § 407 II BGB. gehören, ergibt sich die grosse praktische Bedeutung ihres Inhaltes. Um diesen festzustellen, muss an die Entstehungsgeschichte der Vorschrift erinnert werden.

In dem Vorentwurf (§ 15) war die Vorschrift enthalten,[1] dass die nach der Übertragung ergangenen sachlichen Urteile zu Gunsten des Schuldners gegen den neuen Gläubiger wirken, wenn der Schuldner zu

1) Für das preuss. ALR. wurde auf Grund des § 418 I 11 bereits von Dernburg Pr. PrR. II § 85 bei Note 4, 5 die Ansicht vertreten, dass die vor der Bekanntmachung vorgenommenen prozessualischen Handlungen und Entscheidungen, insbesondere die rechtskräftigen Urteile gegen den Cessionar wirksam seien. Dernburg bezieht sich auf Striethorsts Arch. Bd. 83 S. 281. — Bezüglich des römischen Rechts vgl. unten § 67 I, 1.



der Zeit, in welcher er sich auf die Übertragung hätte berufen können, ohne Kenntnis von der Übertragung war. Die erste Kommission billigte diese Vorschrift,[2]) lehnte aber den Antrag, den Cessionar auch an irgend welche Prozesshandlungen des Cedenten zu binden, ab,[3]) damit der neue Gläubiger, solange keine rechtskräftige Entscheidung gefällt sei, die Möglichkeit habe, seine Rechte durch Belangung des Schuldners (allein oder im Wege der Hauptintervention) zu wahren.

Diese Bestimmung entsprach dem Grunde, auf welchem die Ausdehnung der Rechtskraft beruht. Dieser Grund ist offenbar der Besitz der Verfügungsmacht, die dem Cedenten als dem früheren Berechtigten bezüglich des übertragenen Rechts zusteht. Wie nur die fertige Verfügung dem neuen Gläubiger schadet, wie aber solche Akte, welche dem Rechtsgeschäft über das nun fremde Recht vorausgehen, dem Schuldner Rechte nur gegen den Cedenten geben können, so sollte auch die Prozessführung nicht als solche, sondern nur ihr Ergebnis gegen den neuen Gläubiger massgebend sein. Demnach musste auch die Voraussetzung dieser singulären Rechtswirkung: die Unkenntnis des Rechtsübergangs, bis zu dem Zeitpunkt fortdauern, bis zu welchem die Thatsache der Abtretung im Prozess vorgebracht werden konnte.

Die zweite Kommission hat sich auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt.[4]) Die Wirksamkeit der Prozesshandlung des Nicht-mehr-Berechtigten ist dadurch statuiert, dass im Gegensatz zu § 304 II des I. Entwurfs die Wirksamkeit des Urteils lediglich davon abhängig gemacht wurde, dass der Schuldner zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit in Unkenntnis des Rechtsübergangs war. Für diese tiefgreifende Änderung[5]) war die Absicht massgebend, dem Schuldner die Rechtsposition zu gewähren, die er bei einer Veräusserung der rechtshängigen Forderung hat. Der gleiche Grundsatz ist dann auch in den anderen, später zu behandelnden Fällen, in denen von einer Analogie zu § 265 CPO. nicht die Rede sein kann, durchgeführt.

Hiermit ist ein sehr bedeutungsvolles Prinzip in das Reichsrecht

2) Es wurde nur die aus § 304 II des ersten Entwurfs ersichtliche Änderung der Wortfassung mit Rücksicht darauf, dass der Schuldner auch die Rolle des Klägers haben könne, vorgenommen.

3) Protokolle S. 1305.

4) Protokolle Bd. 1 S. 392/3, Bd. 6 S. 168/9.

5) Sie war schon von v. Jakubezky, Bemerkungen S. 67 verlangt.

gekommen, welches wir deshalb nicht weniger durchzuführen haben, weil es sachlich nicht ohne Bedenken ist.[6])

II. Hiernach stecken in dem § 407 BGB. zwei Rechtssätze:

1. Hatte der Schuldner[7]) bei Beginn der Rechtshängigkeit[8]) keine Kenntnis von dem Rechtsübergang,[9]) so erlangt er damit ein unentziehbares Recht darauf, dass der begonnene Prozess mit Wirkung gegen den Cessionar zu Ende geführt werde.[10]) Der Prozess über das Recht ist mit Wirkung gegen den Cessionar eingeleitet. Hieraus folgt, dass der Schuldner einer Klage, die der Cessionar während des Schwebens dieses Prozesses erhebt, wegen der Verschiedenheit der Prozessparteien zwar nicht die Einrede der Rechtshängigkeit im Sinne der prozesshindernden Einrede des § 274 Nr. 4 CPO., wohl aber eine Prozesseinrede entgegensetzen kann, wie dies im Falle des § 265 II CPO. im Hinblick auf die Hauptintervention ausdrücklich gesagt ist und sich hier für die Einzelklage ebenso von selbst versteht, wie in andern Fällen, in denen eine Partei über das Rechtsverhältnis des Dritten einen gegen diesen wirksamen Prozess führt.[11]) Die Berechtigung, diese Prozesseinrede zu erheben, folgt einfach daraus, dass das Recht des Schuldners, den Prozess gegen den Cedenten mit Wirkung gegen den Rechtsnachfolger durchzuführen, unvereinbar ist mit der Möglichkeit, dass dieser dieselbe Rechtsfrage gleichzeitig zum Gegenstand eines zweiten selbständigen Prozesses

6) De lege ferenda erscheint es allerdings gerechtfertigt, den Zeitpunkt der Rechtsfähigkeit für entscheidend zu erklären, sofern es sich um die Klagerhebung seitens des Schuldners handelt, der einen billigen Anspruch darauf hat, dass seine Klage nicht als unbegründet zurückgewiesen wird und ihn mit den Prozesskosten belastet. Aber es ist schwerlich zu billigen, wenn es für die Klage des Cedenten auf den guten Glauben des Schuldners bei der Zustellung der Klagschrift ankommt.

7) Zur Vereinfachung des Ausdrucks berücksichtigen wir im Folgenden nur den in § 407 II vorausgesetzten Normalfall der Forderungsabtretung. Die Anwendung der Grundsätze auf die übrigen unter §§ 407, 412, 413 fallenden Rechtsübergänge (oben § 56 II) ergibt sich leicht.

8) Gleichgültig ist, ob sie durch Klage, Widerklage oder durch Zahlungsbefehl eintritt. Die konkursmässige Anmeldung wird der Klagerhebung gleichzustellen sein.

9) Die Unkenntnis wird präsumiert.

10) Hiermit ist nicht gesagt, dass der Prozess notwendig zu einer Sachentscheidung führen müsse. Der Kläger kann die Klage nach den regulären Grundsätzen zurücknehmen, es kann zur Abweisung wegen Mangels einer Prozess- oder Klagvoraussetzung kommen. Hat der Schuldner inzwischen die Abtretung erfahren, so ist eine zweite Klage des Cedenten ohne Wirkung gegen den neuen Gläubiger.

11) Vgl. oben § 23 Note 4 und die in den folgenden Paragraphen zu behandelnden Fälle.



macht.[12]) Wäre die Zulässigkeit einer gleichzeitigen Klage des Cessionars anzunehmen, so hätte dieser das Mittel, den Schuldner aller der Vorteile zu berauben, welche ihm die Prozessführung des bisherigen Gläubigers gebracht hat. Diese sollen dem Schuldner aber gerade durch den § 407 II gesichert werden.

Der Schuldner hat das Recht, den während seiner Unkenntnis begonnenen Prozess so fortzusetzen, dass eine Entscheidung über das Bestehen des übergegangenen Rechts ergeht. Nicht aber hat der alte Gläubiger das Recht, den Prozess trotz des Mangels seiner Berechtigung fortzusetzen. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied gegenüber dem § 265 CPO., der es dem Schuldner verbietet, aus dem nachträglich eingetretenen Wegfall der Berechtigung des Klägers einen Einwand abzuleiten. Sollte auch der Cedent, der nach der Veräusserung die Klage erhoben hat, das Recht (nicht nur die Pflicht) zur Fortsetzung des Prozesses haben, so hätte dies besonders bestimmt sein müssen.[13]) Da es nicht geschehen ist, kann der Schuldner jederzeit die Abweisung

---

12) Die Frage ist sehr bestritten. Die Motive zu E. I § 304 (Bd. 2 S. 134) bejahen die Zulässigkeit einer Klage des Cedenten. Dies war ganz richtig; aber das Gesetz hat sich auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt. In der II. Kommission (vgl. Note 4) wurde sowohl die Ansicht vertreten, dass nach der angenommenen Fassung des § 407 II die Hauptintervention zulässig, wie auch, dass sie unzulässig sei. Bejahend wohl Planck Erl. 2 zu § 407 und sehr bestimmt Endemann Lehrb. I § 152 Note 10, Schollmeyer Anm. 2 zu § 407 u. a. Schollmeyer Erl. 2 zu § 407 hat das Verdienst, die Konsequenzen dieser Ansicht im einzelnen dargelegt zu haben. Aber sie zeigen m. E. gerade, dass sie unannehmbar sind. Für den Fall, dass der Prozess zwischen dem Erwerber und dem Schuldner früher rechtskräftig entschieden werde, als der Prozess zwischen dem Cedenten und dem Schuldner, lehrt Sch., dass diese Entscheidung keine Rechtskraft gegenüber dem Cedenten schaffe. Der Prozess zwischen ihm und dem Schuldner soll also weitergehen. Daraus ergibt sich dann die Möglichkeit einer zweiten widersprechenden Entscheidung. Sch. lehrt, dass diese gegenüber dem Cessionar keine Rechtskraft schaffe, weil zwischen ihm und dem Schuldner bereits eine Entscheidung vorliege. Aber es ist doch wohl ein sicherer Grundsatz, dass nach heutigem Recht von zwei widersprechenden Entscheidungen die jüngere vorgeht. — Wie hier im Resultate auch Hachenburg, Vortr. S. 206, der sich darauf beruft, dass der § 407 dem Schuldner dieselbe Stellung gewähren soll, wie er sie bei Cession nach Klagerhebung hat. Aber dann müsste auch § 265 II Satz 3 angewendet werden, den Hachenburg mit Recht für unanwendbar erklärt. Denn der § 265 CPO. ist nicht für entsprechend anwendbar erklärt und die Motive, welche für die II. Kommission massgebend waren (Note 4), können das Fehlen der nötigen Bestimmung nicht ersetzen. Vgl. auch den folg. Text.

13) Der Antrag, die Vorschrift des § 407 II HGB. in den § 265 CPO. zu versetzen (Protokolle der 2. Komm. Bd. 6 S. 168), hätte jene Bestimmung enthalten. Er ist aber nicht in das Gesetz gekommen.

des nichtberechtigten Klägers herbeiführen.[14]) Der Einwand des Schuldners ist ein sachliches Verteidigungsmittel, keine prozessuale Rüge. Es geht deshalb auch dadurch nicht unter, dass der Beklagte bereits über den Bestand der Forderung verhandelt hat, ohne den Mangel der Aktivlegitimation des Klägers zu rügen.[15])

Der Cessionar kann sich zweifellos als Nebenintervenient des Cedenten an dem Prozess beteiligen und hat dann die Stellung eines Streitgenossen (§ 69). Sollte dies nicht der Fall sein, so hätte es wie in § 265 II besonders bestimmt sein müssen.[16])

Aus den bereits früher angeführten Gründen erachte ich es auch für zulässig, dass der wirklich Berechtigte den Prozess an Stelle des Nichtberechtigten mit dessen Zustimmung übernimmt.[17])

Bei der Frage, nach welchen Gesichtspunkten die materielle Entscheidung zu fällen ist, ist davon auszugehen, dass der Cessionar deshalb nicht weniger der Gläubiger des beklagten Schuldners ist, weil der Cedent mit Wirksamkeit gegen den Erwerber über die Forderung prozessiert.[18]) Daraus folgt, dass der Schuldner, sobald er während des

---

14) So auch Planck Erl. 2 zu § 407, der mit Recht darauf hinweist, dass die Lage des Schuldners nicht schlechter sein könne, als wenn er bereits bei der Klagzustellung die Abtretung gekannt hätte. Die Unkenntnis kann ihm nur nützen, nicht schaden.

15) Thut dies der Beklagte, so wird die Klage als unbegründet abgewiesen, also die Berechtigung des Klägers und die Verpflichtung des Beklagten verneint. Dass diese Entscheidung gegen den Cessionar keine Rechtskraft macht, beruht nicht darauf, dass diese Entscheidung einen anderen Inhalt hätte, als die Abweisung wegen Zahlung u. s. w., sondern darauf, dass hier der Kläger keine Macht hat, mit Wirkung gegen den Cessionar zu prozessieren. Vgl. die ähnliche Situation oben § 11 Note 23.

16) Übereinstimmend Hachenburg, Vortr. S. 206, vgl. dazu Note 12. a. E. Schollmeyer Erl. 2 zu § 407 betrachtet es als zulässig, dass der Cessionar sich dem Schuldner als Intervenient anschliesst, um den Einwand der fehlenden Aktivlegitimation zu erheben. Aber wenn der Schuldner mit dem Cedenten prozessieren will, so hat der Cessionar nicht an dem Siege, sondern an dem Unterliegen des Schuldners ein Interesse und gehört deshalb an die Seite des Cedenten. Besonders deutlich wird dies, wenn wir an den Fall denken, dass der Schuldner gegen den früheren Gläubiger negative Feststellungsklage erhoben hat. Vgl. auch S. 367 Note 13a.

17) Vgl. oben § 55 I a. E. — CPO. § 265 steht nicht entgegen, da der Thatbestand ein anderer ist. Vgl. oben Note 13.

18) Der Schuldner kann sich der Rüge des Mangels der Aktivlegitimation enthalten und gleichwohl geltend machen, dass der Kläger nicht mehr Zahlung an ihn selbst verlangen kann. Der Kläger kann den Antrag auf Zahlung an den Cessionar ändern. Vgl. oben S. 159 Note 28, dort S. 167 auch über die Eventualität, dass der § 407 II neben dem § 265 CPO. zur Anwendung kommen kann.



Prozesses von der Abtretung Kenntnis erhält, keine (civilrechtliche) Rechtsgeschäfte mehr mit dem früheren Gläubiger schliessen kann. Anderseits aber befreien ihn Zahlungen und sonstige Rechtsgeschäfte, die er mit dem Erwerber schliesst. Gleichwohl sind die Prozesshandlungen des Cedenten schlechthin für die zu fällende Entscheidung massgebend, also auch Anerkenntnis oder Klagverzicht [19])

2. Die notwendige Konsequenz des eben betrachteten Grundsatzes ist der andere, dass der Cessionar das Urteil, welches gegenüber dem nichtberechtigten Rechtsvorgänger ergeht, gegen sich gelten lassen muss. Ist die Klage abgewiesen, so kann er das Bestehen der Forderung nicht mehr behaupten.

Dass Gesetz bestimmt, dass der Cessionar das gegenüber dem früheren Gläubiger ergangene Urteil „gegen sich gelten lassen muss". Es ist keineswegs bestimmt, dass es gegen und für ihn wirkt. Hat der Prozess den Ausgang gehabt, dass der Schuldner zur Zahlung an den Cedenten verurteilt ist, so ist es dem Cessionar keinesfalls gestattet, den Urteilsinhalt zu trennen. Er kann nicht etwa anführen, dass der objektive Bestand des abgeurteilten Rechts festgestellt sei, und anderseits sich auf die Abtretung berufen, um nun den Schluss zu ziehen, dass das rechtskräftig bejahte Recht bereits von der Zeit der Abtretung an ihm (dem Cessionar) zugestanden habe. Vielmehr muss auch in diesem Fall der Cessionar das Urteil insofern gegen sich gelten lassen, als damit, dass der Kläger (der Cedent) als der Gläubiger festgestellt wurde, die Berechtigung des Cessionars verneint ist.[20])

Aber diese Feststellung bezieht sich nur auf die Zeit der letzten Thatsachenverhandlung. Es verstösst nicht gegen die Rechtskraft, wenn der Cessionar behauptet, dass nunmehr ihm selbst die Forderung zustehe. Es ist daran zu erinnern, dass das Urteil zwischen den Prozessparteien deshalb nicht weniger bindend ist, weil es der wahren Rechtslage nicht entspricht. Dem Schuldner stand die Rüge des Mangels der Aktivlegitimation zu. Hat er von ihr nicht Gebrauch machen wollen oder hat er sie nicht entgegengesetzt, weil ihm der

19) Im näheren gilt das oben S. 156f. Gesagte, auf welches zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird. Über Aufrechnung vgl. S. 161 Note 38, über Prozessvergleich S. 158/9, über den Regress gegen den Prozessführer S. 166.

20) Demnach verstösst es contra rem judicatam, wenn der Cessionar aus der Anzeige, die er während des Prozesses gemäss § 410 BGB gemacht hat, Rechtsfolgen abzuleiten versucht. Vgl. auch oben S. 165 Note 28.



Rechtsübergang während des Prozesses nicht bekannt wurde: in beiden Fällen steht ihm, so lange das Urteil nicht beseitigt ist,[21]) die Rechtskraft in gleicher Weise entgegen, wenn er dem Sieger gegenüber die auf die Abtretung gestützte Einwendung nachholen will. Daraus geht aber hervor, dass der verurteilte Schuldner dem Cessionar gegenüber die Leistungspflicht ohne allen Zweifel nicht bestreiten kann, wenn dieser eine sofort nach der Verurteilung ausgestellte neue Abtretungsurkunde vorlegt und aus dieser in Verbindung mit der zu Gunsten des Vorgängers ergangenen Entscheidung seine jetzige Berechtigung ableitet. Es ist aber zu behaupten, dass die Abtretung nicht wiederholt zu werden braucht. Vielmehr wirkt die frühere Abtretung nach. Dies beruht auf dem allgemeinen, in § 185 II BGB. enthaltenen Grundsatz: die Veräusserung, welche zunächst wirkungslos war, weil der Veräusserer das zu übertragende Recht nicht hatte, gelangt dadurch ohne weiteres zur Wirkung, dass der Veräusserer das Recht erwirbt. Dass dieser es jetzt hat, selbst wenn er es früher nicht hatte, steht rechtskräftig fest und es würde daher dem Verurteilten nichts nützen, wenn es früher nicht bestanden hätte, also durch das Urteil mit Unrecht bejaht wäre.

Sonach ergibt sich das Resultat: das dem Cedenten günstige Urteil wirkt in dem festgestellten Sinne auch zu Gunsten des Cessionars. Dies beruht aber nicht etwa auf der Rechtskrafterstreckungsvorschrift des § 407 II, sondern es folgt aus allgemeinen Grundsätzen.

So gilt es denn auch ganz ebenso, wenn die Voraussetzungen des § 407 II fehlen, d. h. wenn der Schuldner bei Beginn der Rechtshängigkeit Kenntnis von dem Rechtsübergang hatte. Hier ergibt sich dann für den Cessionar die Wahl. Er kann 1. sich entweder darauf berufen, dass der Rechtsübergang bereits früher stattgefunden hatte, dass also etwaige Zinszahlungen und sonstige Abmachungen, die der bisherige Gläubiger mit dem Schuldner nach dessen Kenntnis von der Abtretung getroffen hat, ihm (dem Cessionar) gegenüber unwirksam sind. 2. Oder er kann sich auf das Urteil berufen und geltend machen, dass er das festgestellte Recht erworben habe. Im letzteren Fall muss er dann aber den Urteilsinhalt in vollem Umfang gegen sich gelten lassen.

---

21) Es ist an die Möglichkeit zu denken, dass auf Grund des § 580 Nr. 7 b CPO. (Benutzbarkeit der Cessionsurkunde u. s. w.) oder wegen einer strafbaren Handlung des Cedenten die Restitutionsklage erfolgreich angestellt wird.



Trifft er seine Wahl im Sinne der ersten Alternative, so bleibt die Rechtskraft des Urteils völlig ausser Betracht. Denn seine Feststellung bezieht sich auf die Zeit der letzten Thatsachenverhandlung, während der Cessionar ja im Widerspruch mit dieser Feststellung behauptet, dass er schon früher der Berechtigte gewesen sei. Er kann nicht den einen Teil der Feststellung anrufen, den anderen aber ignorieren.

3. Die CPO. lässt ausnahmsweise in Rechtskraft übergehen die Feststellung des Nichtbestehens einer aufrechnungsweise geltend gemachten Gegenforderung. Die Frage, ob diese Bestimmung praktische Bedeutung in Rücksicht auf unseren § 407 II BGB. habe, ist bestritten. Schollmeyer [22]) will ihn einfach, wie auf die Klage, so auch dann anwenden, wenn der alte Gläubiger die abgetretene Forderung dem Schuldner im Wege des Aufrechnungseinwandes entgegengesetzt hatte. Dagegen lehrt Hachenburg, [23]) dass da, wo keine Rechtshängigkeit eintrete, auch für den Schutz des Schuldners nach § 407 kein Raum sei; dennoch könne der Cessionar die aufgerechnete Gegenforderung, die in dem Urteil als nicht begründet bezeichnet sei, in einer Klage geltend machen.

Hätte Hachenburg recht, so könnte auch der Cessionar, der die aufgerechnete Forderung nach Erledigung des Prozesses erwarb, dem Einwand der Rechtskraft damit begegnen, dass § 325 CPO. auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit abstelle, bei der Aufrechnungseinrede aber eine solche nicht eintrete.[24]) Anderseits ist es meines Erachtens auch nicht richtig, wenn man den zweiten Absatz des § 407 auf unseren Fall [25]) anwendet. Die Aufrechnung ist ein Rechtsgeschäft mit materiellrechtlichen Rechtsfolgen und fällt, auch wenn es im Prozess vorgenommen ist, unter den ersten Absatz des § 407. Demnach entscheidet für die Frage, ob der Cessionar (X) die Aufrechnung mit der auf ihn bereits übergegangenen Forderung gegen sich gelten lassen muss,

22) Komm.Erl. 2 zu § 407.

23) Vortr. S. 206.

24) Wir haben folgendes Beispiel im Auge: A hat dem B ein Darlehn von 1000 M. gegeben und von ihm Waren um 800 M. entnommen. A klagte die 1000 M. ein und erlangte die Verurteilung des B, indem das Gericht annahm, die Kaufgeldforderung sei bereits getilgt. Nun cedierte B diese an den X und dieser klagt sie ein.

25) Wir nehmen jetzt an, dass B die angebliche Kaufgeldschuld dem X bereits abgetreten hatte, als er von A verklagt wurde. Im Prozess nimmt B die Aufrechnung vor.

jedenfalls lediglich das, ob der Schuldner in der aufgerechneten Forderung (also A) zur Zeit des Empfangs der Aufrechnungserklärung die Abtretung der Forderung nicht kannte. Kannte er sie, so hätte er selbst zwar trotz der Abtretung noch gegenüber dem Cessionar (X) aufrechnen können, aber der Cedent (B) konnte es nicht mehr. Kannte der Empfänger der Aufrechnungserklärung (A) die Abtretung nicht, so ist die Aufrechnung wirksam und die hierdurch bereits erfolgte Tilgung kann von jeder von beiden Seiten auch dann geltend gemacht werden, wenn A vor dem Prozessbeginn (aber nach der Aufrechnung) die Kenntnis der Abtretung erlangt hatte. Wird nun der Cedent (B) trotz der Aufrechnungseinrede verurteilt, so steht dem Cessionar (X), der die verneinte Forderung einklagt, die Rechtskraft entgegen, aber nicht auf Grund des § 407 II, sondern deshalb, weil der Cedent (B) so lange, bis A von der Cession Kenntnis hatte, noch aufrechnen konnte und deshalb auch befähigt ist, über den Erfolg der Aufrechnung zu prozessieren. — Wird die gegen den Cedenten (B) gerichtete Klage auf Grund der nach § 407 I wirksam vorgenommenen Aufrechnung abgewiesen, so steht dem Cessionar nicht die Rechtskraft entgegen, sondern die durch die Aufrechnung geschehene Tilgung. Der Beweis, dass der Schuldner (A) die Cession kannte, als die Aufrechnungserklärung des B an ihn gelangte, steht dem Cessionar (X) frei. Aber dieser Beweis nützt ihm nichts, soweit die cedierte Forderung, wenn sie auch nicht durch die Aufrechnung des Cedenten (B) getilgt ist, doch durch Kompensation des Schuldners A (des debitor cessus) getilgt werden kann (§ 406).

III. In derselben Weise, wie der Schuldner gegenüber dem Cessionar geschützt ist, wenn er sich in Unkenntnis der Abtretung mit dem bisherigen Berechtigen auf Rechtshandlungen (einschliesslich der Prozessführung) eingelassen hat, muss der erste (wirkliche) Rechtsnachfolger die gegenüber einem Anderen oder von ihm vorgenommenen Rechtshandlungen gegen sich gelten lassen, wenn dieser Andere der Rechtsnachfolger des Berechtigten sein würde, falls nicht bereits die erste Succession stattgefunden hätte. Hat also zwischen dem Schuldner und dem zweiten Cessionar ein Prozess begonnen, ohne dass der Schuldner beim Prozessbeginn von dem bereits erfolgten Rechtsübergang etwas wusste, so prozessiert der zweite Cessionar über das in Wirklichkeit dem ersten zustehende Recht mit Wirksamkeit gegen diesen. Die früheren Erörte-



rungen brauchen nicht wiederholt zu werden. Eine Abweichung ergibt sich nur bezüglich der Wirkung, welche eine Verurteilung des Schuldners zur Zahlung an den zweiten Cessionar für den ersten Cessionar hat.[26]) Steht rechtskräftig und mit Wirkung gegen den ersten Cessionar fest, dass der Schuldner an den zweiten zu zahlen hat, so kann dem ersten das Urteil nur so zu gute kommen, dass der zweite dem ersten die Forderung abtritt.

IV. Die Bestimmung des § 407 II ist eine rein prozessuale.[27]) Sie gilt deshalb auch dann, wenn die Abtretung vor dem 1. Januar 1900, der Prozess mit dem früheren Gläubiger aber erst nachher stattgefunden hat.[28]) Vorausgesetzt ist nur, dass der Cessionar gegenüber dem Schuldner, der noch in Unkenntnis von der Abtretung ist, materiellrechtlich diejenige Rechtsstellung hat, wie sie in § 407 I BGB. fixiert ist. Nach gemeinem Recht und preussischem Recht ist dies zu bejahen. Ganz ohne Zweifel ist die Anwendbarkeit des § 407 II, wenn die abgetretene Forderung zwar unter dem alten Recht begründet, aber nach dem 1. Januar 1900 abgetreten ist.

§ 58.

2. Wirksamkeit der Prozessführung trotz Einschränkung oder Verlusts der Verfügungsmacht.

I. Die erste Kategorie von Fällen (§ 56) umfasste die Prozessführung des Nicht-mehr-Berechtigten, welcher Wirksamkeit gegenüber dem berechtigten Nachfolger deshalb zukommt, weil der Prozessgegner keine Kenntnis von dem eingetretenen Rechtsübergang hatte. Am nächsten verwandt ist die Kategorie der Fälle, in denen der Berechtigte eine Einschränkung seiner Verfügungsmacht erleidet oder wenn der Inhaber eines Verwaltungsrechts dieses verliert und sein Prozessgegner ohne Kenntnis von dieser Veränderung ist. Relevant ist dies in unserem Zusammenhang,

26) Vgl. darüber oben unter II, 2 (S. 403/4).

27) Dies wurde auch in der Beratung der II. Kommission anerkannt. Der Antrag, die Bestimmung in die CPO. zu versetzen, wurde aus äusseren Gründen (weil § 408 auf den § 407 Bezug nimmt) abgelehnt.

28) Zu anderen Resultaten würden wohl diejenigen gelangen, welche die Rechtskraftlehre zu dem materiellen Recht rechnen.



wenn ohne diese Veränderung die Prozessführung desjenigen, in dessen Person jene eintritt, Wirkung für dritte Personen haben würde.

1. Wir betrachten zunächst die Veräusserungsverbote der §§ 135/6. Wie bereits früher dargelegt wurde, beschränken sie das Prozessführungsrecht des Interdikten nicht; das ihm gegenüber ergangene Urteil über das Bestehen des Rechts, dessen Veräusserung verboten wurde, wirkt trotzdem gegenüber dem durch das Verbot Geschützten. Insofern haben die Veräusserungsverbote in unserem Zusammenhang keine Bedeutung. Aber das Veräusserungsverbot bewirkt auch, dass die Erfüllungsrechtsgeschäfte, welche mit dem Interdikt vorgenommen wurden, dem Geschützten gegenüber wirkungslos sind. Hier wird es relevant, dass der § 135 II BGB. die Grundsätze über den Erwerb vom Nichtberechtigten für entsprechend anwendbar erklärt. Zu diesen Grundsätzen gehört auch der § 407, und zwar auch der Absatz 2. Wie der Schuldner, wenn er in Unkenntnis des Verbots mit dem Gläubiger ein Rechtsgeschäft schliesst, befreit wird, so muss der Geschützte auch die Verurteilung zur Zahlung an den Interdikten gegen sich gelten lassen, wenn der Schuldner von dem Verbot so spät Kenntnis erhielt, dass er dem auf Zahlung an den Interdikten gerichteten Klagantrag nicht mehr die entsprechende Einrede entgegensetzen konnte.[1])

Wendet man allerdings den § 407 II BGB. schlechthin an, so würde es lediglich darauf ankommen, dass der Schuldner zur Zeit des Prozessbeginns von dem Verbot keine Kenntnis hatte. Allein dann hätte ein nachher erlassenes Veräusserungsverbot überhaupt keine Bedeutung. Dies kann aber unmöglich Rechtens sein. Überdies ist zu beachten, dass hier von dem Schuldner nicht erwartet wird, dass er es zur Klagabweisung bringt, sondern es handelt sich lediglich darum, dass er durch entsprechende Einrede die Verurteilung zur Zahlung an den Interdikten verhütet. Macht er die Einrede, so hat der Kläger den Klagantrag auf Verurteilung zur Hinterlegung zu ändern, wenn er die Klagabweisung verhüten will.[1a])

2. Ganz entsprechend ist die Rechtslage, wenn die Verfügungsmacht des Berechtigten dadurch eingeschränkt ist, dass er über sein Recht unter einer aufschiebenden Bedingung verfügt hat, oder dass es bei Eintritt einer auflösenden Bedingung zurückfallen kann. Sein Recht zur

1) Vgl. oben § 14, bes. S. 108. 1a) Vgl. S. 159 Note 28.

Prozessführung wird dadurch nicht alteriert, aber Leistung (an ihn selbst) kann er nicht verlangen. Die Unkenntnis des Schuldners von der Beschränkung des Einziehungsrechts schützt ihn hier nach § 161 III in Verbindung mit § 407 II in der vorher dargelegten Weise.[2])

Tritt während des Prozesses der Anfall an einen Anderen oder der Rückfall an den früheren Berechtigten ein, so hört das Recht des Klägers auf. Dies ist eine ganz andere Situation; sie beurteilt sich einfach nach § 265 CPO.[3])

3. Nicht Rechtsverlust, sondern Einschränkung der Macht zur Verfügung über ein Recht tritt ein, wenn ein Niessbrauch oder ein Pfandrecht an ihm zur Entstehung gelangt. In dieser negativen Beziehung gehören also beide Fälle in diesen Zusammenhang. Die Verpfändung und Niessbrauchsbestellung hat aber auch noch eine positive Wirkung in den abgeleiteten Rechten des Niessbrauchers und des Pfandgläubigers. Diese steht im Vordergrunde und es wurden deshalb jene Fälle bereits oben § 56 I 2, 3 behandelt.

4. Grosse Bedeutung hat diejenige Kategorie von Fällen, in denen dem bisherigen Berechtigten die Verwaltung des ganzen Vermögens oder einzelner Teile entzogen wird. Damit verliert er auch das Recht zur Prozessführung und ein ihm gegenüber ergehendes Urteil hat keine Bedeutung gegenüber denjenigen Dritten, für welche sonst seine Prozessführung relevant sein würde. Unter diesen Gesichtspunkt gehört:

a) die Entziehung des Verwaltungsrechts, welche das Gesetz (§ 719) für die einzelnen Gesellschafter hinsichtlich der zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Rechte statuiert. Hat der bisherige Gläubiger seine Forderung inferiert, so findet der Schuldner, der von der Illation nichts weiss, seinen Schutz in § 407, da sie eine Abtretung ist. Hat er Kenntnis davon, dass die Forderung nunmehr zwar Mehreren zusammen zusteht,[4]) weiss er aber nicht, dass sie zum Gesellschaftsvermögen gehört, so hat die Prozessführung des Inferenten dieselbe Wirkung, als wenn die Mitgläubiger nicht Gesammthänder wären.

Das Gesetz spricht den letzteren Satz in § 720 besonders bezüglich

2) Vgl. oben § 15.

3) Bezüglich des Rückfalls ist die Meinung, dass keine Rechtsnachfolge eintritt, die durchaus herrschende (vgl. oben § 15). Wird eine Rechtsnachfolge verneint, so kann auch der § 407 II nicht angewendet werden. Wie soll dann dem Beklagten, der von dem Eintritt der auflösenden Bedingung nichts erfahren hat, geholfen werden?

4) Das weiss er nicht, wann ihm mitgeteilt ist, dass A von seiner Forderung von 1000 M. dem B. 500 M. abgetreten hat.



der Forderungen aus, indem es die §§ 406/8 für entsprechend anwendbar erklärt. Meines Erachtens versteht es sich von selbst. Es ergibt sich per argumentum a majore ad minus daraus, dass sogar der totale Rechtsverlust dem unwissenden Schuldner nichts schadet.

Dieser Gesichtspunkt ist von grosser Bedeutung für die Beurteilung der Fälle, in denen es sich nicht um Illation einer Forderung handelt.

Hält der Dritte den Gesellschafter noch für den allein Berechtigten, so ist er geschützt, soweit § 413 (407) anwendbar ist.[5]) Kennt er die Vergemeinschaftung, aber nicht die Zugehörigkeit zum Gesellschaftsvermögen,[6]) so fehlt allerdings eine Vorschrift und es werden gewiss Manche mit einem argumentum e contrario aus § 720 zur Hand sein. Meines Erachtens ist es unbegründet.

b) Eine zweite Kategorie von hierher gehörigen Fällen sind diejenigen, in welchen die Verwaltung ex lege oder infolge gerichtlicher Anordnung entzogen ist.

α) Ein praktisch besonders bedeutungsvoller Fall ist die Entziehung des Verwaltungsrechts, welche die Frau mit dem Eintritt der Verwaltungsgemeinschaft erleidet. Hier ist eine entsprechende Anwendung der Grundsätze über den Erwerb von Nichtberechtigten nicht vorgeschrieben und in § 1404 BGB. ist ausdrücklich bestimmt, dass die Folgen, welche die §§ 1395 ff. vorschreiben, nicht deshalb ausbleiben, weil der Dritte nicht wusste, dass die Frau Ehefrau sei. Das gleiche muss gelten, wenn die Eheleute Gütergemeinschaft vereinbart haben und weder dies noch die Verheiratung der Frau dem Dritten bekannt war. Es folgt dies daraus, dass die Unkenntnis der Verheiratung dem Dritten niemals nützt und dass, wenn Verwaltungsgemeinschaft eingetreten wäre, der Ehefrau ja auch die Aktivlegitimation fehlen würde.[7])

---

5) Vgl. oben § 56, II (S. 394 f.).

6) Thatsächlich wird dies kaum vorkommen. Wird mir mitgeteilt, dass A das Miteigentum an seinem Schimmel dem B übertragen hat, dass A und B, die jeder ein Patent haben, sich gegenseitig einen gleichen Anteil übertragen haben, so wird mir zugleich soviel zu Ohren kommen, dass ich daraus erfahre, dass A und B Gesellschafter sind. — Kaufen zwei Personen gemeinsam ein, so liegt eine Gesellschaft vor, deren Zweck der gemeinsame Einkauf war und mit dessen Ausführung erreicht ist, so dass die Auseinandersetzung stattfinden muss. (Anders Cosack, BR. II § 265 II, 3.) Möglicherweise schliesst sich an den gemeinsamen Erwerb die Vereinbarung an, den Gegenstand gemeinschaftlich zu benutzen. Das wäre eine Gesellschaft mit einem auf längere Dauer gerichteten Zweck.

7) Im Resultat übereinstimmend Hachenburg, Vortr. S. 233.

β) Eine Entziehung der Verwaltung tritt dadurch ein, dass die Vorerbschaft unter Verwaltung gestellt wird (§ 2129 I). Hier schreibt § 2129 Abs. 2 die entsprechende Anwendung der Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten ableiten, vor. Gehören nun die §§ 407/8 BGB. zu jenen Vorschriften, so sind damit die Dritten nicht nur dann geschützt, wenn sie sich mit dem nicht mehr verwaltungsberechtigten Vorerben in Rechtsgeschäfte eingelassen haben, sondern es ist auch die Klagerhebung unter der gleichen Voraussetzung wirksam. Das Gesetz hebt hier noch einmal besonders die Wirkung der Entziehung gegenüber den Erbschaftsschuldnern hervor, um deutlich zu machen, dass es einer Zustellung einer Mitteilung über die Entziehung der Verwaltung nicht bedarf, sondern auch eine anderweit erlangte Kenntnis genügt.[8]) — Die entsprechende Vorschrift gibt § 1070 II für den Fall, dass dem Inhaber eines Niessbrauchs an einer Forderung die Verwaltung entzogen wird.[9])

Durch die Anordnung einer solchen Verwaltung wird dem Berechtigten nicht ein Vertreter bestellt, sondern der betreffende Vermögenskomplex wird zu einem selbständigen Sondervermögen, welches durch den Verwalter vertreten und während der Dauer der separatio bonorum wie eine juristische Person behandelt wird.[10]) Dem Subjekte fehlt also die Sachlegitimation und seine Prozessführung hat, solange die separatio dauert, für das Sondervermögen ebensowenig Wirkung, wie wenn es einem Dritten gehörte.[11]) Ist hier nun der § 407 entsprechend anwendbar, so bedeutet dies jedenfalls, dass ein Urteil, welches erging, ohne dass der Gegner bis zur letzten Thatsachenverhandlung die Kenntnis von der Anordnung der Verwaltung erhielt, gegenüber dem Sondervermögen wirksam ist; es bedeutet ferner, dass der Gegner zwar den eingetretenen Mangel der Aktivlegitimation jederzeit rügen kann, sobald er von ihm Kenntnis erlangt hat, dass aber die Prozessführung des nicht

---

8) Vgl. oben § 56 Note 9.

9) Ausser Betracht bleibt in diesem Zusammenhang der § 2211 BGB. Der Erbe erleidet durch die Anordnung der Testamentsvollstreckerschaft eine Entziehung des Verwaltungsrechts, aber es handelt sich nicht um einen nachträglichen Fortfall. Deshalb entscheiden hier, soweit es sich um Prozesse des Erben als solchen handelt, die Grundsätze über den Erbschein (vgl. unten § 64 V, 2). Im übrigen aber kommen die in den §§ 59, 60 erörterten Grundsätze zur entsprechenden Anwendung.

10) Vgl. oben S. 57, 60 2.

11) Vgl. Anspr. u. Klagrecht §§ 34 6.

Legitimierten gegenüber dem Sondervermögen bis dahin wirksam ist.[12]) Fraglich ist auch hier, ob der nach dem Prozessbeginn über die Anordnung der Verwaltung unterrichtete Gegner weiter prozessieren darf und ob der Verwalter nicht berechtigt ist, den Prozess zu übernehmen. Meines Erachtens ist die erste Frage zu verneinen[13]) und die zweite zu bejahen.[14]) Hat doch auch der über die Vorerbschaft eingesetzte Verwalter die vor der Entziehung begonnenen Prozesse[15]) fortzusetzen!

γ) Eine Entziehung des Verwaltungsrechts erleidet auch der Gemeinschuldner. Jedoch finden hier die Grundsätze über den Erwerb vom Nichtberechtigten bezüglich der beweglichen Sachen keine Anwendung. Bezüglich des Grundbuchverkehrs bleibt es bei der Regel[16]) und ebenso gilt der Inhalt des § 407 I BGB., insoweit er reine Erfüllungsgeschäfte für wirksam erklärt.[17]) Andere Rechtsgeschäfte über die Verbindlichkeit sind gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam. Dadurch verbietet es sich, den § 407 II BGB. entsprechend anzuwenden.

Dasselbe gilt bezüglich des Nachlassverwalters gemäss § 1984 BGB.

II. Wegfall des Verwaltungsrechts eines Dritten.

1. Das BGB. enthält eine Reihe von Vorschriften, welche den bisherigen Vertretungsberechtigten gegen die Nachteile schützen sollen, die ihn treffen würden, wenn er in Unkenntnis des Erlöschens der Vertretungsmacht mit einem Dritten Geschäfte geschlossen oder Prozesse begonnen hat.[18]) Hat ein solcher im Namen der Partei den Prozess

---

12) Der Gegner, der gutgläubig den Erben mit der negativen Feststellungsklage belangt hat, ist also vor der Gefahr gesichert, dass seine Klage unter seiner Verurteilung in die Prozesskosten abgewiesen wird und dass ihm die prozessualen Vorteile, die er in dem bisherigen Verfahren erlangt hat, verloren gehen.

13) Vgl. oben S. 400—402.

14) Vgl. oben S. 378—380.

15) Bezüglich dieser wird die Unkenntnis des Gegners die Folge haben müssen, dass die nach der Anordnung der Verwaltung geschehenen Prozesshandlungen wirksam sind, obwohl in der Regel die Prozesse unterbrochen werden.

16) KO. § 7 I Satz 2. Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 209 Note 3.

17) KO. § 8 sagt, dass sie befreien, wenn der Schuldner von der Konkurseröffnung nichts wusste. Sein übriger Inhalt ist die Aufstellung von Präsumtionen.

18) Vgl. z. B. BGB. § 168/9 verb. mit §§ 674/5, 729, ferner §§ 170/3 (Bevollmächtigte), § 68 (Vorstand eines Vereins), §§ 1682, 1893 (gesetzliche Vertreter). Ferner HGB. § 15 mit Rücksicht auf Prokuristen, vertretungsberechtigte Handelsgesellschafter, Vorstände der Aktiengesellschaften u. s. w., ferner Genossenschaftsgesetz § 29. — Hachenburg, Vortr. S. 257 handelt von allen diesen und den im folgenden zu be-



mit dem Gegner begonnen, so gehört dieser Fall nicht in die Lehre von der Ausdehnung der Wirkung der Prozessführung auf Dritte. Es gibt aber auch Bestimmungen, welche dem bisherigen Vertreter eines selbständigen Sondervermögens das Verwaltungsrecht mit Rücksicht auf seine Unkenntnis des Endigungsgrundes belassen.[19]) Hierher gehört der § 2218. Der Testamentsvollstrecker hat die Verwaltung des Nachlasses und zwar handelt er im Namen des Nachlasses (nicht: des Erben). Ein Prozess, den er geführt hat, ist nach Massgabe des § 327 CPO. gegen den Erben wirksam. Besteht nun trotz Beendigung seines Amtes sein Verwaltungsrecht weiter, so bedeutet dies in erster Linie, dass die aufgehobene separatio bonorum als fortbestehend gilt, sodann aber auch, dass der von ihm nun begonnene Prozess für den Erben dieselbe Bedeutung hat, wie wenn er vorher begonnen hätte. Sobald der Testamentsvollstrecker die Beendigung seines Amtes erfährt, tritt die Situation ein, in die der anhängige Prozess in der Regel durch die Beendigung des Amtes gerät, d. h. er wird unterbrochen und der Erbe hat ihn aufzunehmen.[20])

2. Verwandt sind die Bestimmungen der §§ 1424, 1472 I, 1546, 1550. Sie halten das Verwaltungsrecht, welches dem Ehemann in Beziehung auf das Frauengut oder das gemeinsame Gut zusteht und im Gegensatz zum vorigen Fall nicht zur Vertretung der Frau befugt,[21]) zu seinen Gunsten aufrecht, wenn er ohne Verschulden das der Regel nach eintretende Erlöschen nicht kannte. Der Schutz des dritten Beteiligten ist die Konsequenz dieses Schutzes, der dem Ehemann zu teil wird. Der gute Glaube des Dritten ist nicht der Grund seines Schutzes, sondern condicio sine qua non.[22])

Soweit das Verwaltungsrecht den Ehemann zur Prozessführung über die Rechtsverhältnisse der Frau befugt, gilt seine Sachlegitimation als fortbestehend und seine Prozesshandlungen haben gegenüber der Frau

---

handelnden Fällen unter der Überschrift: guter Glaube des anscheinend Verfügungsberechtigten. Dies ist irreführend. Vgl. oben S. 100, 101.

19) Über die Frage, ob der Testamentsvollstrecker geschützt ist, wenn er irrtümlich an seine Ernennung geglaubt hat, vgl. unten § 65 II (Note 5).

20) Vgl. auch die entsprechende Situation in Note 15.

21) Vgl. oben S. 57/8.

22) Kennt der Gegner das Erlöschen des Verwaltungsrechts, so bedeutet dies, dass er sich auf den Beginn des Prozesses gegenüber der Frau nicht berufen kann, nicht aber, dass die Klagerhebung des Ehemanns schlechthin unwirksam ist.



dieselbe Wirkung, als wären sie vor Endigung des Verwaltungsrechts vorgenommen.[23])

Erlischt das Verwaltungsrecht des Ehemanns aus einem der in §§ 1431, 1435 bezeichneten Gründe, so ist dies auch in Ansehung der Prozessführung zu Gunsten des gutgläubigen Gegners unwirksam. Diese Bestimmung soll indessen erst in anderem Zusammenhang (§ 61) zur Erörterung gelangen, da die citierten Paragraphen den Glauben an den Fortbestand des Verwaltungsrechts in gleicher Weise, wie den Glauben an seine Entstehung behandeln.

3. Regel ist, dass die Frau nicht mit Wirksamkeit gegen den Ehemann prozessieren kann.[24]) Diese Regel erleidet eine Ausnahme, wenn der Ehemann seiner Frau die Einwilligung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erteilt oder keinen Widerspruch gegen den mit seinem Wissen geschehenden Geschäftsbetrieb erhoben hat. Hier hat die Prozessführung der Frau gegen den Mann dieselbe Wirkung, als wenn er ihrer Prozessführung zugestimmt hätte.[25]) Hört dieses Prozessführungsrecht durch Einspruch oder Widerspruch des Mannes auf, so braucht dies ein Dritter nur dann gegen sich gelten zu lassen, wenn das Aufhören bei Beginn des Prozesses im Güterregister eingetragen oder ihm bekannt war.[26])

3. Sonstige Fälle, in denen die Prozessführung des Nichtberechtigten auf Grund des guten Glaubens des Gegners gegen den Berechtigten wirksam ist.

§ 59.

a) Auf Grund des guten Glaubens an die Berechtigung des Besitzers.

I. In den bisherigen Betrachtungen handelte es sich immer um solche Fälle, in denen die Prozessführung des Nichtberechtigten deshalb wirk-

---

23) Über das Schicksal der Prozesse, während deren Dauer das Verwaltungsrecht des Mannes erlischt, vgl. Anspr. u. Klagr. §§ 45, 48.

24) Vgl. oben S. 58/9.

25) BGB. §§ 1405, 1452. Vgl. unten § 69, I. 3.

26) § 1405 III; über den hier für entsprechend anwendbar erklärten § 1435 vgl. unten § 61.



sam ist, weil er nach der früheren Rechtslage die Sachlegitimation hatte und die Unkenntnis ihres Wegfalls vom Gesetz geschützt wird. Wir betrachten nunmehr solche Fälle, in denen der Nichtberechtigte für den Berechtigten gehalten wurde, in denen sich der Glaube an die Sachlegitimation aber nicht auf die Unkenntnis ihres nachträglichen Fortfalls stützt.

Bekanntlich ist dem bürgerlichen Recht nichts fremder, als ein genereller Satz, dass der entschuldbare Glaube an die Berechtigung des Nichtberechtigten dem Irrenden zu gute komme. Vielmehr nützt dieser Glaube nur dann, wenn er sich auf bestimmte, im Gesetz fixierte Umstände stüzt.

Es kommt in Betracht nur der Glaube: 1. an die Berechtigung des Besitzers, 2. an die Richtigkeit des Grundbuchs und anderer öffentlicher Register, 3. an die Gültigkeit einer Ehe, 4. an die Richtigkeit eines Erbscheins, eines Testamentsvollstreckerzeugnisses oder der Todeserklärung.

Im folgenden sollen die Vorschriften untersucht werden, welche das BGB. über die Frage der Wirksamkeit der Prozessführung des anscheinend zur Sache legitimierten Nichtberechtigten enthält. Im Anschluss hieran ist die Frage zu stellen, ob diese Vorschriften einer analogen Ausdehnung fähig sind.

II. Aus dem Mobiliarsachenrecht gehören hierher die Bestimmungen der §§ 1058 und 1248. Im allgemeinen begründet der Besitz nur die widerlegbare Vermutung dafür, dass der Besitzer auch der Eigentümer sei. Aber Verfügungen über die Sache sind wirksam, wenn der Erwerber den Besitzer ohne grobe Fahrlässigkeit für den Eigentümer hielt und die Sache nicht gestohlen oder sonstwie abhanden gekommen war. Hier steigert sich, wie man vielfach sagt, die Vermutung zur Fiktion. Besser ausgedrückt: der Nichtberechtigte hat die Macht, über das fremde Recht zu verfügen.[1])

Die §§ 1058, 1248 schreiben der Prozessführung des Bestellers des Niessbrauchs- oder Pfandrechts Wirkung gegen den Eigentümer in solchen Fällen zu, in denen dieser nach aller Regel der allein zur Prozessführung Legitimierte ist.

1. Zwar ist die Prozessführung in den citierten Paragraphen nicht

1) Vgl. oben § 13.



ausdrücklich erwähnt und man könnte versucht sein, zu sagen, dass das BGB. nur die materiellrechtlichen Verhältnisse regele. Allein dieser Einwand würde nur dann begründet sein, wenn das BGB. sich strengstens einer Regelung der prozessualen Fragen enthalten hätte oder wenn in den citierten Paragraphen nur Rechtsgeschäfte erwähnt wären. Allein beides ist keineswegs der Fall. Der Satz: im Verhältnis der Beteiligten gilt der Besteller als der Eigentümer, bezieht sich auf alle Rechtshandlungen, die von dem Besteller oder ihm gegenüber vorgenommen wurden. In den Motiven [2]) wird dies in Beziehung auf den § 1195 bezüglich des Pfandgläubigers ausdrücklich anerkannt, obwohl in § 1195 auch nur die Fassung gewählt war: „im Verhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem Eigentümer . . . gilt der Verpfänder als der Eigentümer". In dem Gesetz weicht die Fassung bezüglich des Pfandgläubigers (§ 1248) von der Vorschrift über den Niessbraucher etwas ab. Der § 1058 schliesst sich vollkommen an die Fassung des § 1195 des Entwurfs an. Aber auch der § 1248 meint mit den Worten: „bei dem Verkauf" nichts anderes, als dass die Fiktion in Beziehung auf die Geltendmachung der Rechte aus der Verpfändung gelten soll. Dass der § 1248 auch für die Klage des Pfandgläubigers gegen den Verpfänder gemeint ist, erkennt die Denkschrift zu § 372 HGB. ausdrücklich an.[3]) Und was in dieser einzelnen Beziehung gilt, muss auf alle Rechtsbeziehungen ausgedehnt werden, die zwischen dem Eigentümer als solchem und dem Verpfänder bestehen.[4])

Dieses Resultat wird auch durch die Verhandlungen der II. Kommission (Protokolle III S. 492/4) nicht erschüttert. Dort wurde der Antrag, die Wirksamkeit der Prozessführung ausdrücklich zu statuieren, allerdings abgelehnt. Aber einerseits sprechen die Gründe der Ablehnung schon an sich nicht gegen unsere Auffassung,[5]) anderseits ist zu beachten, dass

2) Bd. 3 S. 135. 843.

3) Vgl. oben § 56 Note 26.

4) Übereinstimmend Hachenburg, Vortr. S. 253.

5) Von der einen Seite wurde der in den Verhandlungen öfters vorkommende Grund geltend gemacht, die Fälle, die der Antrag im Auge habe, kämen nicht häufig vor und die Entscheidung derselben könne der Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben. Dabei wurde sogar ausgesprochen, es sei möglich, dass man an der Hand der allgemeinen materiellen und prozessualen Grundsätze auch ohne eine Sonderbestimmung zu dem Ergebnis des Antragstellers gelangen werde. (Dies nachzuweisen ist ein wesentliches Ziel unserer Untersuchungen.) — Von anderer Seite wurde allerdings der Antrag als materiell unrichtig bekämpft. Aber die Gründe, welche dafür geltend gemacht

das Gesetz ganz anders lautet, als die in der Kommission zunächst angenommene Vorschrift, die das Verhältnis des Pfandgläubigers regeln und von der Redaktionskommission entsprechend bezüglich des Niessbrauchers aufgenommen werden sollte. Die zunächst beschlossene Fassung bestimmte nur, dass der Pfandgläubiger „bei der Erfüllung der ihm dem Eigentümer gegenüber obliegenden Verpflichtung" durch die Unkenntnis geschützt sein solle. Erst bei späterer Gelegenheit wurde die jetzige Fassung des § 1058 beschlossen und dabei wurde ausdrücklich konstatiert, dass sie sich an den § 1195 des ersten Entwurfs anschliesse.[6])

2. Der Grund dafür, dass die Prozessführung des Bestellers Wirkung gegen den Eigentümer hat, besteht in der Verfügungsmacht des Besitzers über das fremde Eigentum. Diese aber ist abhängig 1) objektiv davon, dass es sich um keine abhandengekommene Sache handelt (§ 1032, 1207), und 2) subjektiv einmal davon, dass der Erwerber bei der Bestellung das Nichteigentum des Bestellers weder kannte noch kennen musste (§ 932), sodann auch davon, dass er nicht nachträglich den Mangel erfahren hat.

a) Fehlt eine dieser Voraussetzungen,[7]) so schafft das Urteil keine Rechtskraft gegenüber dem Eigentümer. Vielmehr bleibt es bei der Regel, dass das Urteil nur inter partes wirkt. Es ist geradeso, als wenn unter der Herrschaft des gemeinen Rechts der Pfandgläubiger oder Niessbraucher seine Klage gegen den falsus dominus gerichtet hätte. Ob jene Voraussetzungen der ausgedehnten Rechtskraftwirkung vorliegen, kann hier, wie überall, nur im Streite mit dem Dritten (dem Eigentümer) entschieden werden.

b) Sind jene Voraussetzungen, von welchen die Macht zur Prozessführung wie zur Verfügung in gleicher Weise abhängen, gegeben, so schafft das Urteil, welches gegenüber dem Nichtberechtigten[8]) ergeht, Rechtskraft

---

wurden, sind keineswegs überzeugend. Jedenfalls kann nicht behauptet werden, dass die II. Kommission die Wirksamkeit der Prozessführung nicht gewollt habe.

6) Protokolle IV S. 593—596. Wie die jetzige Fassung des § 1248 entstanden ist, ist aus den Protokollen nicht zu ersehen.

7) Ist die Sache gestohlen oder verloren, so wird der gutgläubige Pfandgläubiger oder Niessbraucher zwar durch die an den Besteller bewirkten Leistungen befreit (arg. § 851 BGB., vgl. unten S. 423 f.), aber die Prozessführung des Nichteigentümers ist ebenso unwirksam, wie seine Verfügung. Das ergibt sich aus dem inneren Zusammenhang, in dem diese beiden Arten von Rechtshandlungen stehen.

8) Es ist gleichgültig, ob der Verpfänder niemals Eigentümer war oder ob er das Eigentum ohne Wissen des Pfandgläubigers wieder verloren hat. (Vgl. oben § 56 Note 26.)



gegen den Berechtigten. In Frage kommen nur solche Prozesse, in denen der Besteller, falls er der Eigentümer wäre, die richtige Partei sein würde, wobei es gleichgültig ist, ob er als Kläger oder als der Beklagte auftrat. Sonach wirkt das Urteil sowohl im Falle des § 1058, als im Falle des § 1248 gegen den Eigentümer, wenn es über das Bestehen und den Umfang des dinglichen Rechts,[9]) oder über den Anspruch auf Befriedigung aus dem Pfande oder über die Art derselben[10]) entscheidet; gegenüber einer solchen Klage ist der Eigentümer als solcher der richtige Beklagte.[11]) Dasselbe gilt bezüglich eines Prozesses zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger über den Erlös. Denn dieser tritt an die Stelle des Pfandes, so dass ein Fall der direkten Surrogation vorliegt (§ 1247).

Im übrigen unterscheidet sich die Stellung des Pfandgläubigers und des Niessbrauchers. Die Verpflichtungen, welche auf Grund des Niessbrauchsverhältnisses entstehen, sind solche, welche gegenüber dem Eigentümer als solchem bestehen, und das Gleiche gilt von den Verpflichtungen, welche die Kehrseite der dem Niessbraucher zustehenden Rechte sind.[12]) In allen diesen Beziehungen prozessiert der nicht berechtigte bezw. nicht verpflichtete Besteller mit Wirkung gegen den Eigentümer über die diesem zustehenden und die gegen ihn gerichteten Ansprüche.

Dagegen sind die obligatorischen Verpflichtungen, welche das Gesetz dem Pfandgläubiger auferlegt, im Gesetz[13]) im allgemeinen nicht zu Gunsten des Eigentümers, sondern für den Verpfänder statuiert. Neben

---

Nur von dem letzteren Fall handelt der § 372 II HGB. — Eine interessante Komplikation ist die, dass jemand eine Sache, welche der direkten Surrogation unterliegt, erwirbt und dann verpfändet oder zu Niessbrauch gibt. Nach der hier vertretenen Ansicht geht das Eigentum durch die Person des Ehemanns, Erbschaftsbesitzers u. s. w. hindurch. (Vgl. oben § 12 N. 5.) Deshalb hat auch der Bankier an den dem Ehemann bereits zu Eigentum übertragenen, aber noch in seinem (des Bankiers) Besitz befindlichen Papieren ein Zurückbehaltungsrecht wegen der Forderungen aus dem Anschaffungsgeschäft. Ohne die Durchgangstheorie ist dies nicht zu rechtfertigen.

9) Vgl. z. B. §§ 1037, 1039, 1043, 1044, 1052/4. Der Eigentümer kann also weder gegen die bejahte Gültigkeit des Verpfändungsakts, noch gegen die Feststellung der Pfandschuld Einwendungen erheben.

10) Vgl. z. B. §§ 1212/3, 1229.

11) Vgl. § 1233 II BGB. wo nicht vom Verpfänder die Rede ist. In § 1220 scheint versehentlich (vgl. Note 13) der Verpfänder stehen geblieben zu sein.

12) Vgl. z. B. §§ 1035, 1038, 1049.

13) In der II. Kommission wurde der Standpunkt des I. Entwurfs, der das Verhältnis des Niessbrauchers und Pfandgläubigers gleich behandeln wollte, aufgegeben Vgl. Prot. Bd. 3 S. 454/7, Bd. IV S. 593/6.



den sich hieraus für den Verpfänder ergebenden Pfandansprüchen stehen die Ansprüche, welche dem Eigentümer auf Grund der §§ 985f. zustehen. Die beiden Ansprüche haben ein Stück des sie begründenden Thatbestandes (Besitzerlangung, Beschädigung u. s. w.) miteinander gemeinsam, das andere Stück (dort das Pfandverhältnis, hier das Eigentum) unterscheidet sie von einander und macht sie zu verschiedenen Rechtsindividuen.[14]) Es kann sehr wohl sein, dass der Pfandgläubiger dem Eigentümer haftet, während der Verpfänder keinen Anspruch hat.[15])

Eine Prozessführung des Verpfänders über derartige Ansprüche berührt den Eigentümer insofern, als die rechtskräftige Verurteilung zur Zahlung dieser gleichsteht, im übrigen aber selbst dann nicht, wenn der Verpfänder seinen Anspruch sowohl auf das Pfandverhältnis, wie auf das ihm angeblich zustehende Eigentum gestützt hat.[16]) Denn der Verpfänder prozessiert hier nicht über das Recht des Eigentümers. So ist z. B. dem letzteren sehr wohl verstattet, den Pfandgläubiger, der inzwischen erfahren hat, dass die Sache dem Verpfänder nicht gehört, auf Ersatz des Schadens zu belangen, den der Pfandgläubiger dem Verpfänder nicht schuldete, weil dieser die schädigende Handlung erlaubt hatte;[17]) und selbst dann, wenn die Thatfrage (Verschulden, Beschädigung) für beide Ansprüche die Gleiche ist, kann dem Eigentümer nicht etwa die Berufung auf die Rechtskraft entgegengesetzt werden.

c) Wenn der Besteller zu Gunsten des dinglich Berechtigten als der Eigentümer gilt, so gilt dies auch für diejenigen Personen, welche, falls er der Eigentümer gewesen wäre, seine Rechtsnachfolger geworden sein würden. Das steht zwar nicht in den §§ 1048, 1248, ergibt sich aber

---

14) So selbst dann, wenn der Verpfänder der Eigentümer ist. Es liegt die von mir (Anspr. u. Klagr. §§ 12, 15) sog. einfache Anspruchskonkurrenz vor.

15) Das umgekehrte Verhältnis kann wegen der weittragenden neuen Vorschrift des § 991 II nicht eintreten: liegt eine Handlung vor, welche nach allgemeinen Grundsätzen nur eine Haftung gegenüber dem mittelbaren Besitzer begründet, so hat der Pfandgläubiger sie auch dem Eigentümer gegenüber zu vertreten. Dadurch wird nur das Minimum des zu vertretenden Verschuldens zu Gunsten des Eigentümers gesteigert; die Ansprüche sind auch hier verschieden; der Eigentümer macht nicht den Anspruch des Verpfänders geltend. (In Beziehung auf Vermieter und Eigentümer habe ich dieses eigenartige Verständnis in Anspr. u. Klagr. S. 94/5, 194/5 näher dargelegt.)

16) Vgl. nachher S. 423f. Über die im Texte vorausgesetzte Art der Klagenhäufung vgl. Anspr. u. Klagr. S. 106ff.

17) In diesem Fall cessiert die ausgedehnte Rechtskraftwirkung übrigens schon deshalb, weil die im § 1248 BGB. vorausgesetzte Unkenntnis fehlt.

aus dem Zweck dieser Vorschriften von selbst. Der gutgläubige Erwerber wird der Eigentümer,[17a]) der schlechtgläubige allerdings nicht. Wie es aber dem dinglich Berechtigten nicht schadet, wenn der Besteller schlechtgläubiger Nichteigentümer war, so schadet es ihm auch nicht, wenn er sich mit dem Erben einlässt oder mit einem sonstigen Erwerber zu thun hat, der infolge seines schlechten Glaubens nicht Eigentümer der Sache wurde. Für die (beabsichtigte) Singularnachfolge kommt noch hinzu, dass sie sich durch Abtretung des (vermeintlich bestehenden) Eigentumsanspruchs zu vollziehen hat und dass dem Erwerber alle Einwendungen entgegenstehen, die gegenüber dem Cedenten bestanden.[18])

3. Soweit der Besteller als der vermeintliche Eigentümer über die Rechtsverhältnisse des wahren Eigentümers prozessiert, findet eine wahre und volle Ausdehnung der Rechtskraftwirkung statt. Darin liegt gerade der Unterschied gegenüber der Vorschrift des § 1148, welcher die hypothekarische Klage schlechthin gegen den Eingetragenen gestattet, dafür aber die Urteilswirkung auch wesentlich einschränkt.[19]) Bestätigt wird das Gesagte durch die nicht misszuverstehende Vorschrift des § 372 HGB.[20])

Die Bestimmungen der §§ 1058, 1248 gelten nur zu Gunsten des (gutgläubigen) Niessbrauchers oder Pfandgläubigers. Der wirkliche Eigentümer kann sich als solcher nicht darauf berufen. Soweit aber dem Besteller Rechte gegen den Pfandgläubiger oder Niessbraucher zugesprochen sind, kann der Besteller dem Eigentümer diese festgestellten Rechte abtreten. Dann kommt ihm als dem Rechtsnachfolger des siegreichen Bestellers auch die Rechtskraft zu gute.[21])

Veräussert der Besteller die belastete Sache so, dass der Erwerber das Eigentum erlangt, so ist eine Cession, wie sie in den betrachteten

---

17a) Man kann zwar nicht sagen, dass jetzt der Besteller und der Eigentümer dieselbe Person sind, aber der Nachfolger des Bestellers und der Eigentümer sind jetzt identisch. Übrigens kann auch das erstere eintreten, z. B. dadurch, dass der Besteller das Eigentum ersitzt.

18) BGB. §§ 931, 934, 986 II.

19) Unrichtig Neumann, Komm. Bem. 3 zu § 1248, der lehrt, dass die Klage dem wirklichen Eigentümer nicht präjudiciere. Es ist nach § 1248 nicht anders, als nach § 1058. Über § 1148 s. oben § 55, II.

20) Vgl. oben § 56 Note 26, § 57.

21) Im Gegensatz zu dem oben § 57 I, 2 besprochenen Fall ist eine solche besondere Cession hier erforderlich. Über die ganze Frage vgl. noch unten § 66 a. E.

Fällen erforderlich ist, nicht nötig. Die Rechtskraft kommt dem jetzigen Eigentümer als dem Nachfolger des Bestellers zu gute.

4. Eine weitere Frage ist, welche Wirkung die Prozessführung als solche hat. Wirkt auch die Begründung des Prozessverhältnisses bereits gegenüber dem Eigentümer? Ist das Urteil auch dann gegen ihn rechtskräftig, wenn der Pfandgläubiger oder Niessbraucher während des Prozesses erfährt, dass dieser mit dem Nichtberechtigten geführt wird?

Meines Erachtens ist die Frage zu bejahen. In den §§ 407 II, 1344, 1435 BGB. und in § 372 HGB., der nach der Äusserung der Denkschrift nur als eine Anwendung des in § 1248 BGB. enthaltenen Rechtsgedankens erscheint, ist ein Prinzip enthalten, welches auch für die Auslegung der §§ 1058 und 1248 zu dem Ergebnis führt, dass bereits der Prozessbeginn als ein Ereignis erscheint, dessen Wirkung zu Gunsten des gutgläubigen Gegners sich so bestimmt, als wäre der Besteller der Eigentümer.[22])

Dieser ist berechtigt, sich dem Besteller des dinglichen Rechts als streitgenössischer Nebenintervenient anzuschliessen oder — mit seiner Zustimmung — den Prozess ganz zu übernehmen. Einer Hauptintervention oder Einzelklage des wahren Eigentümers steht auf Grund der ihm gegenüber wirksamen Rechtshängigkeit eine Prozesseinrede entgegen.[23])

5. Die §§ 1058 und 1248 gelten auch für Niessbrauch und Pfandrecht an Rechten, soweit sich nicht aus den für sie geltenden besonderen Bestimmungen etwas anderes ergibt (§§ 1068, 1273). Da nun ihre Bestellung nach den für die Übertragung des belasteten Rechtes geltenden Vorschriften erfolgt (§§ 1069, 1274, 1280), bei der Abtretung von gewöhnlichen Forderungen aber im allgemeinen derjenige, der vom Nichtberechtigten erwirbt, gegenüber dem wahren Gläubiger nicht geschützt ist, so entfällt damit die Voraussetzung, von welcher die entsprechende Anwendung der §§ 1058, 1248 abhängig ist. Es kann also z. B. keine Rede davon sein, dass das Urteil, welches gegenüber dem Verpfänder als dem vermeintlichen Inhaber einer Forderung das Pfandrecht an ihr feststellt, Rechtskraft gegenüber dem veus crditor erschaffe.[24]) Dagegen

22) Entgegengesetzt ist das Ergebnis vom Standpunkt des § 1195 (verbis: „solange als der Eigentümer") E. I aus. Vgl. dazu oben S. 416, auch § 57, I.

23) Vgl. oben S. 379 f., 401/3.

24) Über den besonderen Fall, dass ein falsus heres auf Grund Erbscheins eine Forderung verpfändet hat, vgl. unten § 64. Über die Verpfändung durch den früheren Gläubiger vgl. § 56, I, 2.



findet der § 1248 volle Anwendung bei Verpfändung von Inhaberpapieren. Ist ein Orderpapier zu Pfandzwecken indossiert oder ist es mit Blankoindossament übergeben,[25]) so ist entsprechende Anwendung des § 1248 möglich und geboten. — Bei Verpfändung von Registerschiffen findet kein Schutz des guten Glaubens statt. Demnach kann auch die Verurteilung[26]) des im Schiffsregister eingetragenen falsus dominus keine Rechtskraft gegen den wahren Eigentümer machen.[27])

6. Da bei den gesetzlichen Pfandrechten des BGB. ein Schutz des guten Glaubens nicht stattfindet, so fehlt ebenfalls die Voraussetzung für die Rechtskraftausdehnung. Wohl aber findet § 1248 BGB. auf die in § 366 III HGB. bezeichneten gesetzlichen Pfandrechte des Handelsrechts Anwendung. An Stelle des Verpfänders tritt derjenige, aus dessen Person das Pfandrecht abgeleitet wird.

III. Würde es noch andere jura in re aliena an Mobilien geben, deren Erwerb unter dem Schutze des guten Glaubens stände, so würde ich kein Bedenken tragen, die §§ 1058, 1248 analog anzuwenden. Die Begründung dieses Satzes muss sich aus den folgenden Erörterungen ergeben. Hier darf nur darauf hingewiesen werden, dass die Motive zu Entwurf I (Bd. 3 S. 135) völlig zutreffend bemerkten, dass dem § 1195 II des Entwurfs ein höheres Prinzip zu Grunde liege, aus dem sich bezüglich des in dem ersten Entwurf nicht ausdrücklich geregelten Verhältnisses des Niessbrauchers das Richtige ableiten lassen werde.

Die Voraussetzung für die Anwendung dieses Prinzips fehlt, wenn es sich um sonstige Fälle handelt, in welchen ein Dritter in dem Glauben, der jetzige oder frühere Besitzer einer Sache sei der Eigentümer, mit ihm prozessiert hat. Dies gilt insbesondere für das Verhältnis des Mieters, Leihers und Verwahrers zu ihrem Oberbesitzer. Dies folgt schon daraus, dass der letztere durch Abschluss derartiger Geschäfte keinerlei Rechte mit Wirkung gegen den Eigentümer begründen kann.[28])

25) § 1292: Die Verpfändung ohne Indossament gibt dem Pfandgläubiger nicht mehr Recht, als der Verpfänder hatte.

26) BGB. § 1268, ZwVG. § 162.

27) Es sei denn, dass die Klage gegen den legimitierten Schiffer erhoben war, HGB. §§ 696, 761. — Soweit § 1248 BGB. für die Frage, ob ein vertretbares Verschulden vorliegt, Bedeutung hat, wird seine Anwendung nicht dadurch ausgeschlossen, dass keine Rechtskrafterstreckung stattfindet. Vgl. oben Note 7.

28) Vgl. oben § 51 a. E.

Sie sind demnach in keiner Weise in der Lage, über Rechte des Eigentümers verfügen und prozessieren zu können.

Auch der § 851 BGB. führt zu keiner Erstreckung der Rechtskraft.[29]) Er steigert die Eigentumsvermutung zur Eigentumsfiktion zu Gunsten des Sachbeschädigers oder Sachentziehers und was für die Schuldner aus unerlaubter Handlung gilt, muss natürlich, wenn man die §§ 1058, 1248 mit in Betracht zieht, um so mehr für sonstige Schuldner gelten, die dem Eigentümer als solchem haftbar sind,[30]) so also namentlich dem aus §§ 231, 904 Verpflichteten, dem unbeauftragten Geschäftsführer, der den Besitzer fälschlich für den Eigentümer hält, dem Besitzmittler, der dem Eigentümer gemäss § 991 II aus einem Verschulden haftet, welches ihn an sich nur gegenüber dem Oberbesitzer verpflichten würde.[31])

Hieraus erhellt, dass der Besitzer die Macht hat, durch die Annahme der Schadensersatzleistung über die Forderung des Eigentümers mit Wirkung gegen den Berechtigten zu verfügen. Aber er hat zu Gunsten des Gutgläubigen die Verfügungsmacht nur in der eben bezeichneten Begrenzung; er kann nicht durch sonstige Rechtsgeschäfte über das fremde Recht disponieren.[32]) Der Besitz hat also keineswegs die umfassende Bedeutung, wie sie dem Grundbucheintrag nach § 893 zukommt.[33]). Demnach fehlt ihm dasjenige Mass der Verfügungsgewalt, welches die Voraussetzung für die Rechtskrafterstreckung ist. Der Sachbeschädiger, der gegenüber der Klage des vermeintlichen Eigentümers die Feststellung erstritten hat, dass ihn kein Verschulden treffe, kann

---

29) Das Gegenteil habe ich in der D. Jur. Ztg. 1899 S. 474, I angenommen.

30) § 851 ist von der II. Kommission (Bd. 2 S. 607,8) eingefügt. Die Motive zu E. I (Bd. 3 S. 135) vertreten den Standpunkt, dass sein Inhalt sich schon aus E. I § 1195 II ableiten lasse. In der II. Kommission wurde zutreffend betont, dass der § 851 „die formgerechte Anwendung eines vom Gesetzgeber im allgemeinen als richtig anerkannten Grundsatzes enthalte". Plancks Komm. zu § 851 sieht in ihm nur eine Sonderbestimmung zu Gunsten des Delinquenten.

31) Vgl. oben Note 15.

32) So kann der Besitzer die Schadensersatzforderung nicht cedieren und deshalb siegt im Streite um die noch bestehende Forderung der Eigentümer. Ebenso kann er sie nicht verpfänden. Trotzdem wird man annehmen müssen, dass der Sachbeschädiger befreit wird, wenn er bei der Zahlung (nicht: bei Empfang der Nachricht von der Übertragung) noch im guten Glauben an das Eigentum des Besitzers war. Wirkt doch auch die Zahlung an den Bevollmächtigten des Besitzers! Die Anzeige der Abtretung (seitens des falsus dominus) gibt dem Sachbeschädiger gegenüber dem verus dominus nicht die Rechte des § 409 BGB.

33) Vgl. den folgenden § 60 bei Note 2, 16.

sich gegenüber dem verus dominus nicht auf die Rechtskraft berufen.

Ist allerdings der Schuldner zur Zahlung an den Besitzer verurteilt, und konnte er wegen unverschuldeter Unkenntnis den Mangel der Sachlegitimation des Klägers im Prozess nicht geltend machen, so kann der Eigentümer bis zum Belauf jener Summe nicht Schadensersatz fordern, sondern ist darauf angewiesen, von dem siegreichen falsus dominus Cession der zuerkannten Forderung zu erlangen (§ 816). Dies ist aber keine Erstreckung der Rechtskraft, sondern Reflexwirkung des Urteils. Es ist die Anwendung des allgemeinen, in § 1991 angewendeten Prinzips, dass derjenige, der sich einem Dritten gegenüber auf eine Leistung berufen kann, dieselben Rechtbehelfe hat, wenn er zu der Leistung rechtskräftig verurteilt ist.

Was das Gesetz über das Verhältnis des Sachbeschädigers zu dem Besitzer, der für den Eigentümer gehalten wurde, bestimmt hat, muss entsprechend in folgenden Fällen gelten. Der Verpflichtete weiss, dass die Sache dem A gehört und mit Niessbrauch oder Pfandrecht belastet ist; er hält aber ohne grobes Verschulden den Besitzer B für den Niessbraucher und leistet diesem den wegen des Niessbrauchinteresses geschuldeten Schadensersatz. Hier ist er gegenüber dem C, der der wahre Niessbraucher ist, befreit.

§ 60.

b) Der gute Glaube an die Sachlegitimation des im Grundbuch eingetragenen Nichtberechtigten. Handelsregister.

A. Falsche Grundbucheinträge.

I. In Beziehung auf das Immobiliarsachenrecht ist der Rechtsverkehr, der sich im Glauben an die Richtigkeit und Vollständigkeit des Grundbuchs vollzieht, noch energischer geschützt, als der Verkehr, welcher sich in dem auf dem Besitz basierenden Glauben an die Berechtigung seines Inhabers vollzieht. Das Grundbuch gibt Auskunft nicht nur über die Eigentumsverhältnisse, sondern auch über das Bestehen und den Umfang der dinglichen Rechte. Der als der Berechtigte Eingetragene hat gegenüber dem Gutgläubigen [1]) die volle Verfügungsmacht in Ansehung

1) Das Kennenmüssen steht im Grundbuchverkehr dem Kennen nicht gleich.



der eingetragenen dinglichen Rechte und der Ansprüche auf Leistung, welche auf Grund derselben entstehen. Er überträgt das dem wahren Berechtigten zustehende Recht; er begründet zu seinen Lasten Einschränkungen und fremde Rechte so, als wenn der wirkliche Inhaber des Mutterrechts sie begründet hätte; er bringt bestehende Rechte zum Erlöschen in derselben Weise, wie der Berechtigte selbst es thun könnte, Ansprüche auf Leistung also nicht nur durch Annahme der Erfüllung, sondern auch durch Erlass u. s. w.[2])

Dieser unbegrenzten Verfügungsmacht entspricht nach unserer Ansicht die Macht zur Prozessführung. Ist der Nichtberechtigte als der Berechtigte eingetragen, kennt der Gegner aber die Nichtberechtigung nicht und enthält das Grundbuch keinen Widerspruch, so haben die Rechtshandlungen des Nichtberechtigten, mögen sie in Rechtsgeschäften oder in Prozesshandlungen bestehen, zu Gunsten des Gutgläubigen Wirkung gegenüber dem Berechtigten.

Dies ist zu erweisen.

II. Zweifellos bezieht sich § 1058 BGB. auf jeden Niessbraucher. So prozessiert also der Usufruktuar an einem Grundstück in demselben Umfang,[3]) wie der Niessbraucher einer beweglichen Sache, gegen den Besteller mit Wirksamkeit gegen den wirklichen Eigentümer; die Prozessführung des Nichtberechtigten, der durch das Grundbuch legitimiert ist, hat gegenüber dem Berechtigten dieselbe Wirkung, wie der Prozess des nicht mehr berechtigten Veräusserers gegenüber dem pendente lite eingetretenen Rechtsnachfolger. Die Voraussetzung ist:

1. dass der angebliche Niessbraucher die Eintragsbewilligung von dem im Grundbuch Eingetragenen so erhalten hat,[4]) dass der Voraussetzung des § 892 genügt ist,[5]) und

---

Der Dritte ist also auch in dieser Beziehung (nicht nur extensiv) besser gestellt, als im Mobiliarsachenrecht. Der Eintrag im Grundbuch bietet eben mehr Garantie für seine Richtigkeit und deshalb darf man ihm grösseren Glauben schenken, als dem Besitz.

2) Vgl. dazu den Gegensatz in § 59 a. E. (S. 423).

3) Dieser wird hier nicht noch einmal dargelegt; es wird genügen, auf die Ausführungen S. 418 f. zu verweisen.

4) Fehlt sie, so fehlt dem fälschlich Eingetragenen die Prozessführungsmacht. Eine Klage, die wegen Mangels der Sachlegitimation abweist, ist definitive Sachentscheidung. Sie wirkt gegenüber dem verus dominus aus jenem Grunde nicht. Das ist nicht eine unzulässige Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe, sondern die Antwort auf die stets gegenüber dem Dritten aufzuwerfende und zu entscheidende Frage, ob der Grund für die Ausdehnung der Rechtskraft vorhanden ist.

5) Nicht nötig ist, dass der Niessbraucher noch eingetragen ist. Man denke an



2. dass der Niessbraucher bei Beginn der Rechtshängigkeit in Unkenntnis von der Nichtberechtigung des beklagten oder klagenden Gegners ist. Vielfach wird angenommen,[6]) dass dem Niessbraucher die Unkenntnis auch dann zu gute kommt, wenn der Eingetragene inzwischen den Gegenstand des Niessbrauchs auf einen Dritten übertragen hat. Dies ist richtig für den Niessbrauch an beweglichen Sachen. Bei Grundstücken aber steht es im Widerspruch mit allgemeinen Prinzipien des Grundbuchrechts. Wirkt das Grundbuch schlechthin zu Gunsten des seine Unrichtigkeit nicht kennenden Dritten, so nützt anderseits auch niemandem der Glaube an die Fortdauer des einmal eingetragenen Rechtszustandes. Wer sicher sein will, dass er mit voller Wirksamkeit handelt, muss sich vor Vornahme der Rechtshandlung im Grundbuch orientieren. Das gilt auch für den Niessbraucher. Unterlässt er dies, ehe er die Klage dem Besteller zustellen lässt, so wirkt das Urteil lediglich inter partes; es wirkt gegen den wahren Eigentümer nicht, weil der Besteller nicht mehr eingetragen ist und nur der Eingetragene die hier in Frage stehende Prozessführungsmacht hat; es wirkt gegen den eingetragenen Erwerber nicht, weil die Klage gegen ihn hätte angestellt werden müssen.[7]) Keineswegs liegt der Grund etwa darin, dass er fahrlässig gehandelt habe, wenn er das Grundbuch nicht einsah; auf das Kennenmüssen kommt es in Grundbuchsachen nicht an.[8])

Dass das, was das Gesetz bezüglich des Bestellers ausspricht, auch im Verhältnis des Niessbrauchers zu den Rechtsnachfolgern des Bestellers gilt, ist auch hier[9]) wieder selbstverständlich. Ist der Niessbraucher berechtigt, den Besteller als den Eigentümer zu betrachten, so ist es

---

Klage auf Feststellung, dass der rechtswidrig (z. B. auf Grund einer falschen Sterbeurkunde, GO. § 23) gelöschte Niessbrauch noch bestehe, und an die Klage auf Bewilligung der Wiedereintragung (BGB. § 894).

6) Vgl. z. B. Cosack BR. II § 216, V, 17, Dernburg BR. III § 189 N. 8. Das von Cosack gegebene Beispiel ist von ihm richtig entschieden. Hat der Niessbraucher die Sache beschädigt oder übermässige Früchte gezogen, so geht diese Forderung auf den neuen Eigentümer nicht über, wenn sie nicht cediert wird. Aber wie. wenn der Niessbraucher nach der Auflassung des Grundstücks Schaden stiftet und diesen dem nicht mehr eingetragenen Besteller leistet?

7) Vgl. auch oben § 56 S. 396.

8) Ganz ebenso liegt die Sache im Falle des § 1435 BGB.: die Kenntnis einer Thatsache und ihre Eintragung im Güterrechtsregister stehen einander völlig gleich. Sollte die Eintragung im Grundbuch geringere Bedeutung haben, als die Eintragung im Güterrechtsregister?

9) Vgl. § 59 II, 2, c. (S. 419, 420).



nur eine Konsequenz hiervon, dass er auch den später Eingetragenen, der wegen schlechten Glaubens das Eigentum nicht erwarb, als den Eigentümer behandeln darf. Ist der Erwerber der Eigentümer geworden, so ist nicht zu bezweifeln, dass die Rechtskraft aus den Prozessen des Auflassenden für und gegen ihn wirkt.[10])

III. Besonders geregelt ist das Verhältnis des Hypothekars zu dem als Eigentümer Eingetragenen. Das Besondere ist aber nicht etwa, dass das Urteil gegen den nicht eingetragenen verus dominus wirkt, sondern dass dieser es sogar dann anerkennen muss, wenn der Hypothekar die Unrichtigkeit des Grundbuchs kannte; dafür ist aber auch der Inhalt der Wirkung abgeschwächt.[11])

IV. Übersieht man diese Bestimmungen, so erscheint es mir nicht zweifelhaft, dass wir in ihnen, wie die Motive[12]) sehr richtig bemerken, wiederum nur die (dem Grundbuchrecht entsprechend ausgestaltete) Anwendung des allgemeinen Prinzips erkennen müssen, dass die Verfügungsmacht der Prozessführungsmacht entspricht. Es ist deshalb auch da massgebend, wo es nicht besonders ausgesprochen ist, wo aber die Verhältnisse wesensgleich sind.

Das ist der Fall:

1. im Verhältnis des im Grundbuch als Eigentümer Eingetragenen und dem Inhaber einer Grunddienstbarkeit, einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit oder von sonstigen Rechten an fremder Sache. Man wird vielleicht entgegenhalten, dass in den §§ 1090, 1093 eine Reihe von Vorschriften über den Niessbrauch für entsprechend anwendbar erklärt sind, dass aber aus der Nichtanführung des § 1058 seine Nichtanwendung abzuleiten sei. Allein dieses argumentum e contrario wäre durchaus unberechtigt. Eine derartige Wortinterpretation würde uns zu Sklaven des Gesetzestextes machen und uns hindern, die grossen Schätze, die in dem neuen Rechte enthalten sind, zu heben; sie wäre der Tod der Rechtswissenschaft und würde den Ausbau des neuen Rechts (gemäss den ihm zu Grunde liegenden unausgesprochenen Rechtsprinzipien) unmöglich machen. Überdies ist gerade bei der vorliegenden Frage nicht zu vergessen, dass in den Beratungen der II. Kommission

10) Vgl. dazu S. 420 Nr. 3 a. E.
11) Vgl. oben § 55, II.
12) Bd. 3 S. 135, vgl. oben § 59 S. 416, 422.

erst gelegentlich der Behandlung des Pfandrechts[13]) beschlossen wurde, dass die Redaktionskommission eine den Niessbraucher sicherstellende Vorschrift (jetzt: § 1058) einfügen solle und dass erst nach Abschluss der Revision des Sachenrechts gelegentlich der Beratungen des Familienrechts der § 1058 beschlossen wurde.[14])

2. Das entwickelte Prinzip findet aber weiterhin auch Anwendung auf alle sonstigen Rechtsbeziehungen, die für den Eigentümer als solchen gelten. So ist also ein Prozess, den ich als Nachbar mit dem im Grundbuch Eingetragenen über Eigentumsbeschränkungen führe, gegen den verus dominus wirksam.[15]) Und ebenso wie der eingetragene Nichteigentümer über eine Schadensersatzforderung, die dem Eigentümer als solchem zusteht, in unbeschränkter Weise verfügen kann, so prozessiert er auch über sie mit Wirkung gegen den wahren Gläubiger.[16])

3. Hieraus ergibt sich auch die Beantwortung der Frage, welche Wirkung es hat, wenn der eingetragene Nichteigentümer das Grundstück vermietet hat und über das Mietverhältnis mit dem Mieter prozessiert. Sicherlich ist der Mietvertrag auch dann gültig, wenn der Mieter gewusst hat, dass der Vermieter nicht der Eigentümer sei. Aber dann hat das Vertragsverhältnis Bedeutung nur zwischen den beiden Kontrahenten. Hat jedoch der Mieter den Vermieter für den Eigentümer gehalten, so wirkt die Vermietung auch gegenüber dem Eigentümer.[17])

Zwar hat der Mieter kein dingliches Recht an dem Grundstück, aber das Schuldverhältnis ist für die Vermieterseite ein solches, welches den jeweiligen Eigentümer berechtigt und verpflichtet, wenn die Vermietung von dem Eigentümer oder von einem solchen Dritten vorgenommen ist, welcher mit Wirkung gegen den Eigentümer handeln kann. Dazu ge-

---

13) Entw. I § 1195, vgl. Protok. III S. 494.

14) Prot. Bd. 4 S. 593/6. Aus diesen äusseren Gründen erklärt es sich schon leicht, weshalb der § 1058 nicht für entsprechend anwendbar erklärt ist. Wahrscheinlich ist, dass man sich bei dem anderen jura in re aliena die Frage gar nicht vorgelegt hat.

15) Über die Frage, ob das Urteil für den verus dominus wirkt, gilt das oben § 59 bei Note 21 Gesagte.

16) Anders im Falle des § 851 BGB., vgl. oben Note 2 und § 59 a. E.

17) So auch Cosack BR. II § 179 Note 9. Aber es ist keineswegs richtig, dass man zu diesem Ergebnis nur von der Dinglichkeitstheorie aus gelangen kann.



hört zweifellos der Niessbraucher (§ 1056) und der Ehemann (§ 1423),[17a]) um so mehr aber der als Eigentümer Eingetragene. Dies folgt meines Erachtens mit Sicherheit per argumentum a majore ad minus.

Ausserdem aber ist folgendes zu erwägen. Der § 892 betrifft allerdings nur „Rechte an dem Grundstücke" und kommt deshalb für das obligatorisch wirkende Mietrecht nicht in Frage. Aber der § 893 schützt den Dritten in der Wirkung eines jeden Rechtsgeschäfts, welches eine Verfügung über das für den Verfügenden eingetragene Recht enthält. Als eine solche dürfte auch die Vermietung in Verbindung mit der Besitzüberlassung betrachtet werden müssen. Denn die Vermietung erzeugt nach dem System des BGB. eine Last, welche den Eigentümer als solchen trifft[18]) und gegenüber denjenigen wirksam ist, welche nach der Überlassung des Grundstücks an diesem Rechte vom Eigentümer erwerben.[19])

Hat der Niessbraucher oder Ehemann vermietet, so kann der Eigentümer das Mietverhältnis, in welches er ebenso wie der Käufer (§ 571) eintritt, vorzeitig kündigen (§ 1056, II). In unserem Falle aber bindet es ihn gerade so, als hätte er selbst vermietet. Die unabweisliche Konsequenz ist, dass auch die Mietrechte dem verus dominus zustehen; aber der Nichteigentümer verfügt und prozessiert über sie auf Grund des § 893 mit Wirkung gegen den Berechtigten, so lange der Mieter in Unkenntnis der wahren Rechtslage ist.

V. Was für das Verhältnis dritter Personen zu dem Eigentümer gilt, das gilt auch für das Verhältnis eines Dritten zu dem im Grundbuch fälschlich eingetragenen Inhaber eines jus in re aliena. Zweifellos ist dies wieder für den Fall, dass ein solcher Nichtberechtigter an dem für ihn eingetragenen Recht einen Niessbrauch bestellt hat.[20]) Für andere Fälle ist es wieder im Wege der Analogie zu schliessen. So prozessiert auch der gutgläubige Eigentümer mit dem grundbuchmässig

---

17a) Der Ehemann auch dann, wenn er kein Verwaltungsrecht hat, aber zu Gunsten des Gutgläubigen als verwaltungsberechtigt gilt, vgl. § 61 a. E.

18) Vgl. oben § 47.

19) Zu dem gleichen Ergebnis gelangt Strohal, Erbr. 2. Aufl. S. 390 Note 26 bei der Frage, ob die Vermietung des falsus heres, der durch Erbschein legitimiert ist, gegen den Erben wirkt.

20) Arg. § 1068 II, vgl. oben § 59 II, 5 (S. 421/2).



legitimierten Nichtinhaber einer Hypothekenforderung,[21]) eines Vorkaufsrechts u. s. w. mit Wirkung gegen den wahren Inhaber.

VI. Der wahre Berechtigte muss die Rechtskraft des Urteils gegen sich gelten lassen. Erwirkt er die Berichtigung des Grundbuchs, ohne von dem Prozess etwas zu wissen, so ist er nicht etwa durch seinen guten Glauben geschützt. Die Grundbuchsberichtigung fällt nicht unter die durch § 892 geschützten Vorgänge.

Aus demselben Grunde kann sich derjenige, der mit der Behauptung, das Grundbuch sei unrichtig, nicht etwa auf den mit dem Eingetragenen geführten Prozess berufen, um gegenüber einem Dritten darzuthun, dass er dem Eingetragenen gegenüber die Feststellung seines Rechts erstritten und mit Recht die Berichtigung des Grundbuchs erwirkt habe.[22]) Es kommen also als Urteile, deren Rechtskraft gegen den wahren Berechtigten wirken soll, niemals solche in Betracht, welche über das Eigentum selbst entscheiden,[23]) sondern nur Urteile über Rechte, welche dem Eigentümer als solchem zustehen oder gegen ihn gerichtet sind.[24])

VII. Bei der Frage, ob dem Urteil, welches nach den früheren Ausführungen gegenüber dem wahren (nicht eingetragenen) Berechtigten Wirkung hat, diese auch gegenüber seinen Rechtsnachfolgern zukommt, entscheiden die allgemeinen Grundsätze; es ist nicht anders, als wenn der Eigentümer den Prozess selbst geführt hätte.[25])

---

21) Bei Briefhypotheken muss der Gegner im Besitz des Hypothekenbriefs sein. Ob er es ist, hat der Eigentümer festzustellen; er kann die Vorlegung verlangen und eventuell erzwingen (§ 810 BGB.).

22) Dies habe ich in der D. Jur. Ztg. 1899 Nr. 23 S. 473 f. schon nachdrücklichst hervorgehoben: „In Frage kommt der Glaube an die Richtigkeit des Grundbuchs. an die Übereinstimmung des Besitz- und Rechtsstandes nur dann, wenn mit dem Eingetragenen ein Prozess geführt ist, in welchem die dem Eintrag entsprechende Rechtslage als die richtige betrachtet ist". Vgl. hierzu auch unten S. 510.

23) Beispiel: Nach dem Tode des A hat X die Eintragung als Eigentümer erlangt. Y erwirkt die Feststellung, dass er der Eigentümer sei, und erlangt die Eintragung. Tritt nun der Z mit der Behauptung, er habe das Eigentum des A erlangt, so nützt dem Y das Urteil (gegen X) nichts.

24) Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied gegenüber den in §§ 56/7 und §§ 67/9 behandelten Fällen.

25) Beispiel: K. erstreitet gegen den eingetragenen Nichteigentümer (B) die Feststellung des Bestehens einer Grunddienstbarkeit und die Verurteilung zur Bewilligung der Grundbuchsberichtigung. Nach dem Prozessbeginn lässt B. das Grundstück an den X. auf, der im guten Glauben ist. Das Urteil wirkte gegen X. nicht. Vgl. oben § 27/9.



VIII. Zum Ganzen darf noch auf die später (§§ 61,2) zu erörternde Bedeutung hingewiesen werden, welche das BGB. in §§ 1344 und 1435 der Prozessführung des Nichtberechtigten in Analogie zu den Rechtsgeschäften beigelegt hat. Geht hier die Vornahme von Rechtsgeschäften mit der Prozessführung Hand in Hand, so ist darin eine willkommene Bestätigung des von uns aus einzelnen Sätzen des Grundbuchrechts entwickelten Prinzips zu finden. Auch in § 325 II CPO finden wir eine Bekräftigung seiner Richtigkeit.[26])

B. Die Eintragungen in das Handelsregister.

Das HGB. § 15 bestimmt, dass eine nicht eingetragene Thatsache dem unwissenden Dritten nicht „entgegengehalten" werden kann, und dass der Dritte die eingetragene und bekannt gemachte Thatsache trotzdem nicht „gegen sich gelten zu lassen" braucht, wenn er sie ohne Fahrlässigkeit nicht kannte. Es dürfte unzweifelhaft sein, dass dies sich nicht nur auf das materielle Recht, sondern auch auf die Prozessführung bezieht, die ja das HGB. vielfach in den Kreis seiner Bestimmungen gezogen hat.[27]) — Vorzugsweise haben die hieraus sich ergebenden Konsequenzen ihre Bedeutung in Ansehung der Vertretungsmacht. Aber sie können auch für die für unsere Untersuchung relevanten Situationen in Betracht kommen. Man denke z. B. an den Fall, dass das Handelsgeschäft mit Ausschluss der Geschäftsforderungen veräussert ist, und dass bei der Eintragung in das Handelsregister ein entsprechender Vermerk nicht gemacht worden ist, dem Schuldner auch bei Beginn des Prozesses (mit dem Übernehmer) nicht bekannt war (§ 25). Der Prozess wird mit dem Nichtberechtigten geführt, aber das Urteil (überhaupt die Prozessführung) hat dieselbe Wirkung, als wenn der irrtümlich angenommene Übergang der Forderung stattgefunden hätte. Dasselbe gilt, wenn die Gesellschaft im Falle des § 28 der Prozessgegner des Schuldners ist.

Ist mit der Gesellschaft, deren Gründung in das Register eingetragen ist, ein Prozess begonnen, so hat die Verabredung, dass sie erst mit einem späteren Zeitpunkt ihren Anfang nehmen soll, Dritten gegenüber keine Wirkung (§ 123 III). Hier schadet dem Dritten sogar die Kenntnis nichts.

26) Vgl. unten § 66, III.
27) Vgl. z. B. §§ 17 II, 49, 54 II, 124, 331.

§ 61.

c) Die Bedeutung des Güterrechtsregisters für die Prozessführung (BGB. §§ 1431, 1435).

A. Die materiellrechtliche Bedeutung des Güterrechtsregisters.

I. Das Güterrechtsregister hat, wie das Grundbuch, den Zweck, jedem Interessenten die Gelegenheit zu geben, sich über die ihn interessierenden Rechtsverhältnisse zu orientieren. Aber im Gegensatz zu dem Grundbuch und in Übereinstimmung mit dem Handelsregister [1]) ist die Gültigkeit der Vereinbarung [2]) über die einzutragenden Rechtsverhältnisse nicht durch den Eintrag bedingt. Die Thatsache der Eintragung hat nur die Bedeutung, dass die bekundete Abweichung von dem Regelrechte gegen jeden Dritten wirkt; die Unterlassung der erforderlichen Eintragung bewirkt, dass die Abweichung Dritten gegenüber unwirksam ist, wenn sie ihnen zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung nicht bekannt war. Die Eintragungen selbst geniessen nicht die Wirkung, wie die Eintragung in das Grundbuch und das Heiratsregister: auf die Gültigkeit des registrierten Ehevertrags kann man sich auf Grund der Eintragung [3]) nicht berufen. Das Güterregister hat seine wesentliche Bedeutung in negativer Richtung: was nicht eingetragen ist, obwohl es hätte eingetragen werden sollen, gilt gegenüber Dritten nicht. Die Wirkung der Einträge bezw. ihrer Unterlassung ist also bezüglich des Grundbuchs eine viel weitergehende, als hinsichtlich des Güterregisters. [4])

Bezüglich der Rechtshandlungen, die im Glauben an nicht bestehende Güterrechtsverhältnisse vorgenommen sind, macht das BGB. keinen Unterschied; in § 1435 wird neben dem Rechtsgeschäft das rechtskräftige Urteil ausdrücklich erwähnt.

---

1) In seiner regelmässigen Bedeutung, wie sie sich aus § 15 HGB. ergibt. Gegensatz: §§ 200, 277 III, 320.

2) Was von ihr gilt, gilt auch von der Wirksamkeit anderer Ereignisse, welche eine Abweisung von dem Regelrechte begründen, gemäss § 1364, 1371, 1419, 1420, verb. mit § 1431.

3) Ergänzend kommt § 1344 BGB. in Betracht, vgl. unten § 62.

4) Dies ist ein Moment, auf dessen Bedeutung für die im vorigen § 60 erörterten Fragen dort in Note 8 schon hingewiesen wurde.

II. Als Regelrecht[4a]) statuiert das BGB. 1. die Verwaltungsgemeinschaft und bei dieser wieder, dass alles Vermögen der Frau eingebrachtes Gut wird. Der Dritte darf, wenn eine Abweichung nicht registriert ist, daran glauben, dass das Regelrecht gilt; er kann verlangen, dass die Gültigkeit und die Wirkung eines Rechtsgeschäfts und des Urteils so beurteilt werden, als wenn die regelmässige Verwaltungsgemeinschaft eingetreten[5]) und weder durch Vertrag noch durch Urteil, noch durch Konkurseröffnung, noch durch Todeserklärung verändert ist.[6]) Es wird also sowohl der Glaube an den Eintritt der Rechtswirkungen des gesetzlichen Güterstandes, wie auch der Glaube an die Fortdauer der eingetretenen Wirkungen geschützt.

2. Das Gesetz schützt den Dritten vor den nachteiligen Folgen, welche es für ihn haben würde, wenn er an die Fortdauer einer im Güterrechtsregister eingetragenen besonderen Regelung geglaubt hat.[7])

III. Hat der Dritte mit einem Ehegatten ein Rechtsgeschäft geschlossen, so steht es ihm

1. immer frei, sich auf die wirklich bestehende Regelung zu berufen. Hat die in Verwaltungsgemeinschaft lebende Ehefrau einen Gegenstand veräussert, der Vorbehaltsgut war, so kann der Erwerber sich allemal darauf berufen, dass der § 1396 nicht anwendbar ist. Ist die Gütertrennung, die an Stelle der eingetragenen allgemeinen Gütergemeinschaft getreten ist, nicht registriert, so ist die Schenkung des Ehemanns (§ 1446), die Verfügung über sein Grundstück, welches bei bestehender Gemeinschaft Gesammtgut sein würde, gültig (§ 1445). — In allen solchen Fällen kann dem Dritten nicht entgegengehalten werden, dass nach der von ihm vorausgesetzten Regelung des Güterrechts das Rechtsgeschäft nicht wirksam oder minder wirksam sein würde. Die thatsächlich vorhandene Verfügungsmacht übt ihre Wirkung.[8]) Der Glaube des Dritten wirkt nur zu seinen Gunsten, bewirkt nur, dass ihm keine Einwendungen entgegengesetzt werden können, er hat aber nicht

4a) § 1435 des Gesetzes entspricht den §§ 1336/7 des I. Entwurfs. Motive Bd. 4 S. 314 ff. Protokolle der II. Kommission Bd. 4 S. 223/6.

5) § 1435 I (Ausschliessung durch Ehevertrag), §§ 1426, 1431 (Ausschliessung kraft Gesetzes, §§ 1364), 1429, 1431 (Vorbehaltsgut).

6) § 1431, 1435, 1418—1420.

7) § 1435 II (Änderung durch Vertrag), §§ 1470 II, 1545, 1549 (durch Urteil), § 1543 (durch Konkurs), 1544 (durch Todeserklärung), § 1440 (Bildung von Vorbehaltsgut).

8) Plus est in re, quam in opione.

die Folge, dass der Ehegatte sich auf einen nicht bestehenden Güterstand berufen könnte.[9])

2. Wohl aber steht dies dem gutgläubigen Dritten frei. Er kann a) gegenüber dem Ehegatten selbst, mit dem das Geschäft vorgenommen ist, aus diesem diejenigen Geschäftswirkungen bezüglich seiner selbst ableiten, welche es nach dem mit Recht vorausgesetzten Güterstande haben würde.[10]) b) Wichtiger ist im Zusammenhang unserer Untersuchungen, dass der Dritte sich auf die Verfügungsgewalt stützen kann, welche dem disponierenden Ehegatten zu Lasten des anderen zugestanden haben würde, falls die vorausgesetzte Regelung Rechtens gewesen wäre. Durfte der Dritte annehmen, dass Verwaltungsgemeinschaft bestehe und dass der Gegenstand der Verfügung zum eingebrachten Gut gehöre, so ist die Verfügung des Mannes über verbrauchbare Sachen (§ 1376 Nr. 1) oder seine Vermietung des Grundstücks (§ 1423) für die Frau bindend, auch wenn diese Sachen Vorbehaltsgut sind oder obgleich Gütertrennung vereinbart ist. — War der Dritte berechtigt, den Fortbestand der Gütergemeinschaft anzunehmen, so ist eine Verfügung über einen in diesem Falle zum Gesammtgut gehörigen Gegenstand gemäss § 1443 I gegenüber der Frau wirksam und sie kann nicht geltend machen, dass der Mann wegen der zur Zeit der Verfügung bereits eingetretenen, aber nicht eingetragenen Gütertrennung kein Verwaltungsrecht hatte.

Hat der Dritte mit dem Ehegatten ein Geschäft geschlossen, welches nicht nur für die Gegenwart, sondern auch für die Zukunft wirkt, so müssen bei der Frage, welche Wirkung das Geschäft hat, diese beiden Richtungen unterschieden werden.

---

9) Im § 1336 E. I. hiess es: ein Ehevertrag ist als unwirksam anzusehen, es sei denn u. s. w. In der II. Kommission (Bd. 4 S. 223 sub 3, b, S. 225 B) wurde die Fassung gewählt: „das Rechtsgeschäft ist zu Gunsten des Dritten zu beurteilen, wie wenn u. s. w.“ Dies brachte die im Texte bezeichnete Auffassung schon entschiedener zum Ausdruck. Noch zweifelloser ist das Gesetz (§ 1435: „keine Einwendungen herleiten“).

10) Bestand Gütergemeinschaft, während nach dem Register Gütertrennung anzunehmen war, so ist die Schenkung des Ehemanns trotzdem gültig (§ 1446). Vindiciert die Frau einen von ihr veräusserten Gegenstand, der im Register als Vorbehaltsgut bezeichnet ist, während er nachträglich Bestandteil des eingebrachten Guts geworden ist, so findet § 1396 keine Anwendung. Die Beschränkungen des Verwaltungsrechts, die der Ehegatte durch das dem anderen Teile unbekannte Gütersystem erleiden würde, gelten ihm gegenüber als nicht vorhanden.



α) Hat der Vertrag des Mannes [11]) nach dem als gegeben anzunehmenden Güterstande eine Wirkung auch für den anderen Ehegatten, so tritt diese, soweit sie Geschäftswirkung [12]) ist, ohne Rücksicht darauf ein, dass das Verwaltungsrecht des Mannes in Wirklichkeit fehlt. Dabei ist es gleichgültig, ob die Verpflichtung, welche für den anderen Ehegatten entsteht, eine persönliche oder eine beschränkte ist. [13])

β) Der Gläubiger hat niemals ein Recht darauf, dass das Güterrecht, welches zur Zeit der Entstehung eines auch für die Zukunft wirkenden Rechtsverhältnisses gilt, weiterhin bestehen bleibt. Die Ehegatten können z. B. jederzeit die Gütergemeinschaft aufheben. Ebenso können die Ehegatten Gesammtgutssachen geradesogut zu Vorbehaltsgut machen, wie

---

11) Das Entsprechende gilt auch dann, wenn die Frau mit Wirkung gegen den Mann handelt, vgl. z. B. §§ 1401, 1405 (1452), 1450.

12) Geschäftswirkung ist nicht nur die Wirkung, an welche die Parteien gedacht haben, sondern diejenige, welche das Gesetz als die normale und unmittelbare Wirkung eines Geschäfts festgesetzt hat. Dazu gehört auch die Mithaftung des anderen Ehegatten bei der Gütergemeinschaft und bei dem gesetzlichen Güterstande die Haftung des Ehemanns aus den Geschäften, welche die Frau mit Wirkung gegen ihn abschliesst. Im ersten Falle kann man zwar nicht sagen, dass der Ehemann die Frau „vertritt“; denn er kontrahiert kraft Gesetzes (anders, wenn ihm Vollmacht erteilt ist!) gültig nur im eigenen Namen. Aber sein Vertrag ist der Vertrag des Verwalters des Gesammtguts und belastet dieses mit der Verpflichtung, die sich aus dem Geschäft ergibt. — Geht die Frau eine Verpflichtung unter solchen Umständen ein, dass das Geschäft dem Manne gegenüber wirksam ist (§§ 1399 II, 1460), so trifft ihn die Haftung mit dem eingebrachten Gut bezw. Gesammtgut (oben S. 312, 315f.) ebenfalls als Geschäftswirkung. (Übereinstimmend im Resultat, aber zaghaft in der Formulierung Planck, Erl. 3 b zu § 1435 im Widerspruch mit Erl. 2 Abs. 2 zu § 1344, wo geleugnet wird, dass das Vermögen der Frau haftet, wenn die nichtige Ehe zu Gunsten des Dritten als gültig gilt. Vgl. u. S. 456.) Anders ist es mit der Haftung, die gemäss § 1388 BGB. den Mann trifft. Sie ist keine Folge des Rechtsgeschäfts, keine Geschäftswirkung.

13) Nach dem oben S. 315 ff. Ausgeführten macht die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung die privatrechtliche Forderung mit beschränkter Haftung geltend. Beachtet man dies, so ergibt sich, dass z. B. die in Gütergemeinschaft lebende Frau durch die Rechtsgeschäfte des Mannes Schuldnerin wird. Aus dem gleichen Grunde ist es höchst irreführend, wenn Planck, Erl. 2 zu § 1344, Erl. 3 c zu § 1435 lehrt, dass mit der Beendigung der GG. die Verbindlichkeit des Mannes (aus den Schulden der Frau) erlischt, dass aber das Gesammtgut noch haftet. Ist letzteres der Fall, so ist eben die Verbindlichkeit des Mannes nicht erloschen, sondern eine beschränkte geworden. Die Haftung des Gesammtguts ist nicht die Folge eines dinglichen Rechtes an ihm, sondern sie ist die Haftung des Subjekts des Gesammtguts mit demselben. — In Erl. 2 Abs. 2 zu § 1344 fasst Planck die Befugnis des Gläubigers, sich an das Vermögen der Frau zu halten, lediglich unter dem Gesichtspunkt des Vollstreckungszugriffs auf. Ebenso unzutreffend ist m. E. die Auffassung von Hachenburg, Vortr. S. 278.



sie sie an Dritte veräussern können.[14]) Auf die Wirkung, welche der Vertrag einmal erzeugt hat (die Schuldnerschaften), besitzen solche Ereignisse nur insoweit einen Einfluss, als durch die Beendigung der Gemeinschaft die persönliche Haftung des Mannes aufhört. Sodann steht die Verwaltung nunmehr beiden Ehegatten zu, also müssen auch beide die zur Erfüllung des Vertrags erforderliche Verfügung vornehmen (§ 1472) und sie sind demgemäss beide zu verklagen.[15])

Hiernach beantwortet sich die Frage, welche Wirkung ein Vertrag hat, wenn die nicht bestehende Gütergemeinschaft mit Recht (§ 1435 II) als bestehend angenommen wurde.

Geht der Mann eine Verpflichtung ein, so wird die Frau ebenfalls Schuldnerin, jedoch nur mit beschränkter Haftung. Die Verhältnisse sind so zu beurteilen, als wenn zur Zeit der Vornahme des Geschäfts die Gütergemeinschaft bestanden und alsbald nachher aufgehoben[16]) wäre.[17]) Das heisst: die Frau ist Schuldnerin des Gläubigers mit denjenigen Vermögensstücken, welche ihr damals[18]) gehörten und die nach der registermässig, noch bestehenden Gütergemeinschaft Haftungsobjekt gewesen sein würden.[19]) Man könnte meines Erachtens höchstens darüber zweifeln, ob nicht der Zeitpunkt massgebend sein müsste, in welchem der Gläubiger Kenntnis von der Nichtexistenz der Gütergemeinschaft erhalten hat. Aber keinenfalls erscheint es mir richtig, den Fall so, wie wenn die

---

14) Es bleibt hier nur die Gläubigeranfechtung als das Mittel gegen Schädigung.

15) Vgl. Anspr. u. Klagr. § 48, I (gegen Planck Erl. 1 zu § 1472). Die Frau haftete schon vor der Beendigung der GG., aber der gegen sie gerichtete Anspruch konnte bis zur Beendigung gegen den Mann (allein oder unter Mitbelangung der Frau) geltend gemacht werden. Er prozessierte mit Wirkung gegen die Frau.

16) Analog ist im Falle des § 1344 die Sachlage so zu beurteilen, als wenn die Ehe gültig, und im Momente der Nichtigkeitserklärung durch Scheidung oder Tod aufgelöst wäre. Vgl. § 62 Note 16.

17) Schliesst der Mann nachträglich eine Vereinbarung in Bezug auf die Verpflichtung (z. B. Erhöhung des Zinsfusses), so entscheidet deren Vornahme, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass der Gläubiger auch jetzt die wahre Sachlage noch nicht kennt.

18) Keinenfalls also haftet die Frau mit allem dem Erwerb, der ihr in späterer Zeit zufällt. Wäre dies doch nicht einmal dann der Fall, wenn die Gütergemeinschaft noch bestanden hätte. — Insoweit die Motive Bd. 4 S. 317/8 dies leugnen, haben sie vollkommen recht. Vgl. auch RG. 14 Nr. 76.

19) Das kann allerdings grosse Schwierigkeiten in der Durchführung mit Rücksicht auf § 1480 ergeben. Denn eine Auseinandersetzung der nicht bestehenden Gütergemeinschaft kann natürlich nicht stattfinden. Man muss deshalb auch hier mit der Fiktion operieren, dass sie stattfinden würde.



Gesammtgutsverpflichtung schon vor der Beendigung der Gütergemeinschaft entstanden wäre, zu behandeln und die Frau nur mit den Gegenständen persönlich haften zu lassen, welche sie damals erhalten hat. Denn es ist unerfindlich, weshalb es bei der Frage, welche Wirkung das Rechtsgeschäft zu Gunsten des Gläubigers hat, auf eine vielleicht weit zurückliegende Vergangenheit ankommen sollte, statt auf die Gegenwart, mit Rücksicht auf deren Verhältnisse kontrahiert wird. [20])

Hat der Ehemann, der in nicht eingetragener Gütertrennung lebt, ein der Frau gehöriges Haus auf 10 Jahre vermietet, so ist der Mietvertrag für die Frau bindend und die Rechte aus ihm stehen ihr alsbald zu [21]) — alles geradeso, als hätte die Verwaltungsgemeinschaft bestanden, wäre aber alsbald aufgehoben. Liegt einer der Gründe des § 1418 vor, so kann die Frau alsbald kündigen, andernfalls aber erst dann, wenn die Verwaltungsgemeinschaft anders, als durch Ehevertrag, beendigt sein würde. [22])

B. Diese materiellrechtliche Erörterung müsste vorausgeschickt werden, um die prozessuale Bestimmung des § 1435 richtig würdigen zu können.

Zunächst ist hervorzuheben, dass die ausgedehnte Urteilswirkung keineswegs nur für die Fälle statuiert ist, in denen über die Folgen eines Rechtsgeschäfts prozessiert ist. Vielmehr bezieht sich der Schutz des Dritten auf jedes Urteil. Hieraus ergibt sich, dass der gute Glaube an das Bestehen eines bestimmten Güterrechts in Ansehung der Prozessführung eine viel weitergehende Bedeutung hat, als in Ansehung der Wirkung, welche die während der Zeit des guten Glaubens eintretenden Thatsachen in privatrechtlicher Beziehung haben.

Was im folgenden von der Prozessführung gesagt ist, entspricht dem zuvor bezüglich der Rechtsgeschäfte Gesagten.

---

20) Die bekämpfte Ansicht vertritt Planck, Erl. 3, c a. E. zu § 1435. Man nehme folgendes Beispiel. Die Eheleute heben 1901 die Gütergemeinschaft auf, ohne es eintragen zu lassen. Der Frau fallen 8000 Mark zu. Nach 1/2 Jahren erbt die Frau ein Vermögen von 100000 Mark, welches Gesammtgut geworden sein würde. Bald darauf erhält der Mann einen Kredit von 60000 Mark bewilligt, nachdem der Kreditgeber das Heiratsregister eingesehen und geglaubt hat, mit Rücksicht auf die Erbschaft unbedenklich soweit gehen zu dürfen. Nach Plancks Ansicht haftet die Frau nur in Höhe von 8000 Mark, nach unserer im vollen Betrag.

21) Zahlung des Mietgeldes an den Mann befreit den Mieter, solange er von der wahren Sachlage nichts weiss, vgl. oben §§ 56 ff.

22) BGB. § 1422 vbd. mit § 1056, II Satz 2.



I. Ist gegenüber einem Ehegatten ein Urteil ergangen, ohne dass er die Sachlegitimation für den Prozess besass, so wirkt es unter den Parteien auch dann, wenn es so nicht hätte ergehen dürfen. Die Rechtskraft deckt in Ansehung der materiellen Rechtslage den Mangel der Voraussetzungen, welche hätten vorhanden sein müssen, wenn das Urteil richtig sein sollte. Ist der Mann auf Grund des § 1459 II verurteilt, nachdem der Kläger behauptet hatte, es bestehe Gütergemeinschaft, so kann der Beklagte nach Rechtskraft des Urteils nicht die Einwendung nachholen, es bestehe Gütertrennung. Er kann dies ebensowenig, wie er contra rem judicatam geltend machen kann, die Verbindlichkeit der Frau, wegen der er verurteilt sei, bestehe überhaupt nicht oder sei doch keine Gesammtgutsverpflichtung. Ist der Ehemann auf Grund des § 1388 unbeschränkt oder auf Grund der §§ 1411/2 in beschränkter Haftung [23]) verurteilt, so kann er nicht einwenden, dass er in Gütertrennung lebe und dass ihn deshalb eine Verbindlichkeit der Frau nicht berühre. Ist der Ehemann mit der Klage, in der er auf Grund des § 1380 ein Recht der Frau geltend machte, abgewiesen, so steht ihm selbst die Rechtskraft unter allen Umständen entgegen, wenn er in Widerspruch mit dieser Feststellung behaupten würde, der Frau stehe das Recht doch zu und er sei gar nicht legitimiert gewesen, das Frauenrecht im eigenen Namen geltend zu machen. — Haben Mann und Frau als Streitgenossen prozessiert, so ergeht ein auf beider Namen lautendes Urteil und keiner von beiden kann ein Vorbringen nachholen, welches im Prozesse möglich gewesen wäre.

Das alles versteht sich nach den allgemeinen Grundsätzen über die Bedeutung der Rechtskraft ganz von selbst und ist nicht etwa aus dem § 1435 abzuleiten. Das Urteil hat, solange es besteht, gegenüber dem Prozessführer die ihm nach seinem Inhalt zukommende Wirkung auch dann, wenn der Gegner wusste, dass der behauptete Güterstand nicht vorhanden war, ja auch dann, wenn aus dem Güterrechtsregister dessen Nichtexistenz hervorging.

Bei der Frage, ob ein solches falsches Urteil nicht durch Restitutionsklage beseitigt werden kann, kommt der § 1435 insofern in Betracht, als er verhindert, dass die Klage auf die nach § 1435 BGB. irrelevante Abweichung vom Regelrechte (S. 433) gestützt werden kann.

---

23) Zur „Duldung der Zwangsvollstreckung" in das Vermögen der Frau, vgl. oben S. 315 f.

Im übrigen beantwortet sich die Frage nach den gewöhnlichen Grundsätzen. Hat der Mann, wie wir voraussetzten, im eigenen Namen prozessiert, so kommt eine Nichtigkeitserklage der Frau (gestützt auf § 579 Nr. 4) nicht in Frage. Für ihn selbst aber bildet der Mangel der Sachlegitimation niemals einen Nichtigkeitsgrund.

Zur Prozessführung im Namen (als Vertreter) der Frau ist der Ehemann auf Grund des ehelichen Güterrechts überhaupt nirgends legitimiert. Ist er, statt im eigenen Namen zu klagen, als Vertreter der Frau aufgetreten, ist ihm eine die Frau als die Partei nennende Klage als dem Vertreter der Frau zugestellt worden, so beurteilt sich die Frage, ob die Frau die Nichtigkeitsklage anstellen kann, nach den gewöhnlichen Grundsätzen. Hat die Frau keine Vollmacht erteilt und auch die Prozessführung nicht nachträglich genehmigt, so war sie in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten. Sie hat deshalb das Recht zur Nichtigkeitsklage; sie hat es auch dann, wenn der Mann befugt gewesen wäre oder wegen des § 1435 als dazu befugt hätte angesehen werden müssen, im eigenen Namen über die Rechtsverhältnisse der Frau und mit Wirkung gegen sie zu prozessieren.

Anders ist es bei der Frau. Nach § 1450 ist sie bei Verhinderung des Mannes kraft Gesetzes berechtigt, einen auf das Gesammtgut sich beziehenden Prozess im Namen des Mannes zu führen.

Bei der Frage, ob sie die behauptete Vertretungsmacht hatte, kommt der § 1435 in Betracht. Fehlte sie, weil die eingetragene Gütergemeinschaft aufgehoben wurde, ohne dass dies eingetragen oder dem Gegner bekannt war, so kann aus dem Mangel der Vertretungsmacht keine Einwendung abgeleitet werden, wenn sie bei Prozessbeginn als vorhanden angesehen werden muss.

II. Abgesehen von dem eben zuletzt erörterten Falle hat die Bestimmung des § 1435 und der anderen auf ihn bezugnehmenden Vorschriften eine Bedeutung nur in Ansehung der Frage, ob das zwischen den Parteien ergangene Urteil auch gegenüber dem anderen Ehegatten Wirkung hat. Die Bejahung dieser Frage hängt von dem Inhalt des Urteils und von den in § 1435 fixierten Voraussetzungen ab.

1. Der Inhalt des Urteils muss derart sein, dass es gegenüber dem anderen Ehegatten Wirkung gehabt haben würde, falls der irrtümlich vorausgesetzte Güterstand vorhanden gewesen wäre. Würde das Urteil in solchem Falle keine Wirkung gegen den anderen Ehegatten



haben, so fehlt sie ihm natürlich um so mehr, wenn der vorausgesetzte Güterstand in Wirklichkeit nicht bestand.

Wenn ein volles Bild von der Tragweite des § 1435 gegeben werden sollte, so wäre eine detaillierte Betrachtung der sich aus dem wirklich vorhandenen Verwaltungsrecht des Ehemanns bezw. der Ehefrau ergebenden Rechtskrafterstreckung erforderlich. Diese hier zu geben ist nicht angemessen. Aber einige Hauptpunkte mögen herausgehoben werden.

a) Bei der Verwaltungsgemeinschaft ist der Ehemann berechtigt, die Rechte der Frau, die zum eingebrachten Gut gehören, im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen. Soll das Urteil gegenüber der Frau wirksam werden, so muss der Mann entsprechend geklagt haben und muss das Urteil über das Recht der Frau lauten. Hat der Mann statt dessen behauptet, dass das Eigentum, die Forderung u. s. w. ihm zustehe, so wird über ein Recht der Frau nicht geurteilt und das Urteil steht der Frau auf Grund des § 1380 nicht entgegen. Eine andere Frage ist, ob es nicht aus einem anderen Grunde gegenüber der Frau wirkt. Dies kann sehr wohl der Fall sein und ist z. B. zu bejahen, wenn der Mann der Frau eine Forderung abgetreten und ohne Kenntnis des Schuldners darüber prozessiert hat;[24]) ebenso, wenn die Frau dem Schuldner anzeigt, dass ein ihr bisher zustehendes Recht auf den Mann übergegangen sei, während es in Wirklichkeit nicht der Fall ist;[25]) ebenso auch, wenn sie geduldet hat, dass der Mann über ihr Recht mit der Behauptung, dass es ihm zustehe, prozessiert hat.[26])

Unter gewissen Voraussetzungen hat das Urteil, welches gegen die im gesetzlichen Güterstand lebende Frau über ihr Recht oder über ihre Verpflichtung ergeht, trotz § 1400 Wirkung gegen den Mann.[27]) Hierfür kann ebenfalls der § 1435 relevant werden.

b) Bei der ehelichen Gütergemeinschaft prozessiert der Ehemann im eigenen Namen über die zum Gesammtgut gehörigen, d. h. über die

24) Vgl. oben § 57. Gleich steht der Fall, dass der Mann mit Mitteln des Vorbehaltsguts ein Recht erworben hat, welches kraft der Surrogationsvorschrift des § 1381 durch seine Person hindurch auf die Frau übergeht. (Vgl. oben S. 395 Note 21). Prozessiert er über dieses Recht als über ein ihm zustehendes, ohne dass der Gegner die Surrogation kennt, so erstreckt sich die Rechtskraft auf die Frau nach § 412 vbd. mit § 407 II. Der § 1435 bleibt ausser Betracht.

25) §§ 409, 412, 413 (oben § 55, III).

26) Vgl. unten § 68.

27) Vgl. §§ 1405, 1407.



ihm und der Frau gemeinsam zustehenden Rechte und ein solcher Prozess ist schlechthin gegenüber der Frau wirksam (§ 1443). Die Voraussetzung dieser Ausdehnung der Urteilswirkung ist wieder, dass Klage und Urteil über das gemeinsame Recht lauten.[28]) Hat der Mann behauptet, dass das Recht ihm allein zustehe, so ist dies eine Klage, welche nur als Geltendmachung eines zu seinem Vorbehaltsgut gehörigen Rechts aufzufassen ist. Ein auf eine solche Klage ergehendes Urteil schafft nach § 1443 keine Rechtskraft über das Recht der Frau, mag die Gütergemeinschaft bestehen oder als bestehend zu fingieren sein.[29]) — Anders liegt die Sache, wenn der Mann aus einer ihn treffenden Verpflichtung verklagt ist. Da jede Verbindlichkeit des Mannes eine Gesammtgutsschuld ist (§ 1459), so ist damit, dass die Schuld des Mannes festgestellt ist, auch für die in Gütergemeinschaft lebende Frau unbestreitbar geworden, dass sie aus dieser Verpflichtung mit dem Gesammtgut haftet: einer Bezeichnung der Schuld als einer Gesammtgutsschuld bedarf es hier nicht.

2. Damit das gegen den einen Ehegatten ergangene Urteil gegenüber dem anderen so wirkt, als wenn die Abweichung von dem Regelrechte nicht bestände, ist die zweite Voraussetzung, dass die Abweichung zur Zeit des Prozessbeginns weder dem Gegner des Ehegatten bekannt, noch in das Register eingetragen war.[30])

a) Der erste Entwurf (§ 1337) stellte hier, wie in den entsprechenden anderen Fällen, auf den Zeitpunkt ab, in welchem die Abweichung im Prozess hätte geltend gemacht werden können; er sicherte dem Gegner also nicht die Wirkung der von dem Ehegatten oder der ihm gegenüber vorgenommenen Prozesshandlungen. Das Gesetz thut dies, indem es trotz nachheriger Eintragung oder Kenntniserlangung das gegenüber dem einen Ehegatten ergangene Urteil gegen den anderen wirken lässt.[31])

---

28) Vgl. hierüber Anspr. u. Klagr. S. 333/4. Dort (Note 12) ist schon betont, dass die Frage, was Gegenstand des Prozesses ist, in Zweifelsfällen aus dem Gesammtinhalt der Klage zu entnehmen ist. Dasselbe gilt vom Urteil.

29) Auch hier (vgl. Text unter a bei Note 24/6) kann wieder aus anderen Gründen die Rechtskrafterstreckung resultieren.

30) Werden im Prozess neue Ansprüche geltend gemacht, so kommt es bezüglich ihrer auf den Zeitpunkt an, in welchem sie rechtshängig werden (§ 281 CPO.). Das gilt nicht nur für die Klagerweiterung, sondern auch für die Widerklage.

31) Wie schon mehrfach betont wurde, haben wir die Wirksamkeit der Prozess-



Der gute Glaube kann während des gegen einen Ehegatten anhängigen Prozesses immer nur von dem Prozessgegner geltend gemacht werden. Ihm steht es jederzeit frei, der Klage des Ehegatten den Einwand entgegenzusetzen, dass der Kläger nach dem in Wirklichkeit bestehenden Güterrechtssystem die Sachlegitimation nicht habe. So ist die Klage des Ehemanns, der in nicht eingetragener Gütertrennung lebt und unter Berufung auf den § 1380 ein Recht der Frau geltend macht, nach Aufdeckung der wahren Sachlage als unbegründet zurückzuweisen. Umgekehrt ist der Einwand des beklagten Ehegatten, er besitze gegenüber der Klage die Passivlegitimation nicht, zurückzuweisen, wenn sie ihm zwar nach dem Gütersystem, welches der Kläger voraussetzen durfte, fehlen würde, wenn sie ihm aber nach dem wirklich geltenden Güterrecht zusteht.[32]) — Hat der Ehegatte eine Klage erhoben, zu der er nur legitimiert wäre, wenn das nicht bestehende Gütersystem bestehen würde, so kann er zwar bis zur Verhandlung zur Hauptsache die Klage zurücknehmen (§ 271 CPO.), nachher aber kann er die sachliche Entscheidung nicht dadurch vermeiden, dass er den Mangel seiner Sachlegitimationen aufdeckt.[33])

Der Prozessgegner hat also nicht die Pflicht, sondern nur das Recht, den von oder gegenüber dem nicht zur Sache legitimierten Ehegatten begonnenen Prozess so zu Ende zu führen, als wäre die Abweichung von dem Regelrecht nicht vorhanden. Der Prozessbeginn wirkt so, als wenn die Sachlegitimation des Ehegatten vorhanden wäre. Daraus folgt, dass die Rechtshängigkeit gegen eine dasselbe Recht geltendmachende Klage des anderen Ehegatten in derselben Weise eine Prozesseinrede begründet, wie wenn während der anhängigen Klage des Ehemanns (§ 1380, § 1443) die Frau nochmals klagen würde. Wie der Einzelklage, so steht auch der Hauptintervention diese Prozesseinrede entgegen.[34])

---

handlungen als ein Prinzip zu betrachten, welches das Gesetz in den Ausnahmsfällen beherrscht, in denen der Nichtberechtigte die Prozessführungsmacht hat.

32) Beispiel: An Stelle des gesetzlichen Güterstandes ist von vornherein Gütertrennung vereinbart oder sie ist an die Stelle der eingetragenen Gütergemeinschaft getreten. Der Kläger hat gegen die Frau auf Feststellung geklagt, dass ihr ein von ihr behauptetes Recht nicht zustehe. Nach §§ 1400 II und 1442 würde die Klage abzuweisen sein (vgl. Anspr. u. Klagr. S. 313, 340 Nr. 4). Besteht aber Gütertrennung, so ist die Frau die richtige Beklagte. Hierauf kann sich der Gegner allemal berufen.

33) Vgl. dazu oben S. 433f.

34) Die Situation ist dieselbe, wie in den oben S. 401. 421 und öfters betrachteten Fällen.

Eine andere Frage ist die, ob der Gegner auch das Recht hat, den Prozess gerade mit dem beklagten Ehegatten zu Ende zu führen. Oder muss er sich gefallen lassen, dass statt desselben der wirklich zur Sache Legitimierte den Prozess übernimmt? Meines Erachtens ist bei der Beurteilung dieser schwierigen Situation die Vorfrage zu stellen: welchen Einfluss hat es, wenn während des Prozesses des legitimierten Ehegatten eine Änderung des Güterrechts eintritt, welche das Verwaltungsrecht wegfallen lässt. An anderem Orte habe ich die Ansicht vertreten, dass ein zur Zeit der Beendigung der Gütergemeinschaft schwebender Prozess unterbrochen wird und von beiden Ehegatten fortzusetzen ist.[35]) Ist dies richtig, so ist meines Erachtens daraus zu schliessen, dass dann, wenn statt der als noch bestehend vorausgesetzten Gütergemeinschaft Gütertrennung besteht, die Frau berechtigt ist, den Prozess über das ihr allein zustehende Recht zu übernehmen.[36]) War an Stelle der Gütergemeinschaft der gesetzliche Güterstand vereinbart, so dürfte anzunehmen sein, dass der Mann den Prozess fortsetzt. Denn er ist ja auch hier befugt, die Rechte der Frau gerichtlich geltend zu machen und anderseits fehlt ihr selbst ja die Aktivlegitimation. — Bestand Gütergemeinschaft, während der Gegner den gesetzlichen Güterstand als vorhanden annehmen durfte, so dürfte aus gleichen Erwägungen anzunehmen sein, dass der Mann den von ihm oder gegen ihn begonnenen Aktivprozess fortzusetzen hat. — Bestand Gütergemeinschaft oder Verwaltungsgemeinschaft, während der Gegner an den Fortbestand der registrierten Gütertrennung glaubte, so dürfte die Situation analog, wie in den Fällen des § 1407 Nr. 1 und des § 1454, zu beurteilen sein: d. h. der Ehegatte führt selbst den Prozess mit Wirkung gegen den anderen durch.

Einfacher liegt die Situation, wenn von einem Ehegatten oder gegen ihn ein Prozess über einen Gegenstand, der Vorbehaltsgut ist, so begonnen wurde, als wenn er zum eingebrachten Gute oder zum Gesammtgut gehören würde. Der betreffende Ehegatte führt ihn selbst durch und das Urteil wirkt gegen den anderen Ehegatten, wenn die Eigen-

35) Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 344/5. Planck, Erl. 8 zu § 1492 behandelt die Sachlage nach Analogie der Veräusserung (§ 265). Wäre dies richtig, so wäre es sicher, dass der Ehemann den Prozess selbst fortzusetzen hätte. Freilich würde dies dem Gegner in Ansehung der Vollstreckung nichts nützen, da er sich zwecks Vollstreckung doch einen Titel gegen die Frau verschaffen müsste.

36) Wie in den oben S. 378 f. betrachteten Fällen. Eine Unterbrechung dürfte nicht anzunehmen sein. Wann sollte sie auch eintreten?



schaft als Vorbehaltsgut nicht registriert und dem Gegner nicht bekannt war.

b) Einer besonderen Betrachtung bedürfen noch die Fälle, in denen ein Vertrag geschlossen wurde, der nach dem wirklich bestehenden Güterstande keine Wirkung gegenüber dem anderen Ehegatten haben würde, aber wegen des guten Glaubens des Kontrahenten solche Wirkung hat. Hier ist die Wirkung des Rechtsgeschäfts und seine prozessuale Geltendmachung scharf auseinanderzuhalten.

Ist der Kontrahent auch bei dem Prozessbeginn noch in Unkenntnis von dem wirklich bestehenden Güterstande, so gilt das vorher Gesagte.

Hat er aber inzwischen die wahre Rechtslage erfahren oder ist sie inzwischen registriert, so muss er die prozessuale Geltendmachung der durch das Rechtsgeschäft erlangten Rechte nach Massgabe des wirklich bestehenden Gütersystems einrichten. Habe ich in geschützter Unkenntnis von der Aufhebung der Gütergemeinschaft dem Mann ein Darlehen gegeben, so muss ich, wenn ich jetzt weiss, dass Gütertrennung gilt, die beschränkte Schuldnerschaft der Frau, in welche diese eingetreten ist,[37]) durch Klage gegen sie selbst geltendmachen. Hat der Ehemann als vermeintlicher Inhaber des in § 1443 normierten Verwaltungsrechts über einen in Wirklichkeit der Frau gehörigen Gegenstand wirksam verfügt, so kann ich die von mir erworbenen Rechte[38]) nicht mehr gegen den Ehemann verfolgen, wenn ich inzwischen erfahren habe, dass Gütertrennung an Stelle der Gütergemeinschaft getreten war, oder dass der Gegenstand der Verfügung zum Vorbehaltsgut gehörte.

Hat der vermeintlich im gesetzlichen Güterstand lebende Ehemann mir eine Wohnung im Hause der Ehefrau vermietet, so ist die Klage auf Feststellung des Vertragsverhältnisses oder auf Beseitigung eines Mangels wirksam erhoben, wenn die Unkenntnis des Mieters bis zum Prozessbeginn dauerte. Anderenfalls ist bei Gütertrennung die Klage gegen die Frau zu erheben, bei Gütergemeinschaft gegen den Ehemann.

Habe ich der Frau in dem guten Glauben, dass die eingetragene Gütertrennung noch bestehe, ein Darlehen gegeben, so entsteht daraus eine vollwirksame Verpflichtung der Frau, trotzdem sie im gesetzlichen Güterstand oder in Gütergemeinschaft lebt. Weiss ich dies jetzt, so ist

---

37) Vgl. oben bei Note 12f.

38) Z. B. den Anspruch aus der von dem Ehemann bestellten Hypothek, das Eigentum an der von ihm veräusserten Sache und den Eigentumsanspruch auf Herausgabe.



der Anspruch zwar materiell so wirksam, als wenn die Beschränkung, welche die Verpflichtungsfähigkeit der Frau durch § 1412 bezw. durch § 1460 erleidet, nicht vorhanden gewesen wäre; aber ich habe im ersten Fall den Anspruch durch Klage gegen die Frau (auf Leistung) und gegen den Mann (auf sog. Duldung der Zwangsvollstreckung) zu verfolgen, im zweiten Fall aber nach den Regeln, nach denen eine von der Frau gültig eingegangene Gesammtgutsverbindlichkeit geltend zu machen ist, also nach Massgabe des § 1443 BGB. und § 740 CPO.

III. Sind die unter II erörterten Voraussetzungen gegeben, so kann der andere Ehegatte gegen das Urteil keine Einwendung machen, er muss es geradeso gegen sich gelten lassen, als wenn der bei Beginn der Rechtshängigkeit mit Recht vorausgesetzte Güterstand wirklich bestände. Er kann also:

1. nicht rügen, dass der prozessführende Mann kein Verwaltungsrecht und deshalb kein Prozessführungsrecht bezüglich der Rechtsverhältnisse der Frau gehabt habe. Denn der gute Glaube des Gegners bewirkt, dass dem Ehemann die Prozessführungsmacht in demselben Umfang zustand, in welchem ihm bei Vorhandensein des Güterstandes das Prozessführungsrecht zugestanden hätte. Ebenso kann der Ehemann nicht rügen, dass die Frau nicht die Sachlegitimation zur Führung des ihre Verhältnisse betreffenden Prozesses gehabt habe, wenn der Dritte bei Beginn des mit ihr geführten Rechtsstreites zu der Annahme berechtigt war, dass das Recht zur Verwaltung ihres Vermögens und somit ihr Prozessführungsrecht im vollen Masse vorhanden sei: auch hier korrespondiert der freien Verfügungsmacht die Prozessführungsmacht.

2. Der andere Ehegatte kann ferner nicht rügen, dass der Prozessführer den Rechtsstreit schlecht geführt habe. Er kann dies ebensowenig, als wenn der Ehegatte, der das Prozessführungsrecht hatte, absichtlich oder fahrlässig eine unrichtige Entscheidung herbeiführte. War der Ehemann, der als gemäss § 1443 zur Prozessführung legitimiert galt, auf die Feststellung belangt, dass an einem Grundstück[39]) eine Hypothek oder eine Grundgerechtigkeit bestehe, dass der Kläger Eigentümer sei, dass auf dem Grundstücke eine gewisse Anlage nicht gehalten

39) Wir nehmen an, dass es im Falle fortbestehender Gütergemeinschaft zum Gesammtgut gehören würde.



werden dürfe, so wirkt die Feststellung auch dann gegenüber der Frau, wenn der Prozess durch Versäumnisurteil oder infolge Anerkenntnisses des Ehemanns zu Gunsten des Klägers entschieden worden ist. Der Frau bleibt, wenn der Mann den Verlust des Prozesses verschuldet hat, nur der Regress gegen ihn. Sogar der Kollusionseinwand kann dem Gegner nicht entgegengesetzt werden.[40])

Dies kann allerdings zu grossen Härten führen, da die Wirksamkeit des Urteils nur davon abhängt, dass der Gegner bei Prozessbeginn im guten Glauben war. Nach dem ersten Entwurf (§ 1347) war eine solche Härte nicht möglich. Aber: Lex ita lata est.

Hat der Gegner mit der Frau einen Prozess geführt in dem guten Glauben, dass sie im gesetzlichen Güterstande lebe, während Gütergemeinschaft bestand, so ist das in einem Aktivprozess ergangene Urteil gegen den Mann nicht wirksam, weil sie sowohl nach § 1400 II, wie nach §§ 1442/3 die Sachlegitimation nicht besitzt. Das in einem Passivprozess ergangene Urteil ist in keinem der beiden Fälle gegen den Mann wirksam, wenn der Mann seine Zustimmung nicht gegeben hat.

3. Um die Frage, welche Bedeutung die Erstreckung der Rechtskraft des gegen den einen Ehegatten ergangenen Urteils gegen den anderen hat, zu beantworten, ist die Frage zu stellen: welche Bedeutung hätte das Urteil gehabt, wenn der mit Recht vorausgesetzte Güterstand wirklich bestanden hätte? Diese Bedeutung hat das Urteil auch in dem konkreten Fall. Der gute Glaube ersetzt den Grund, auf welchem regulär die Rechtskrafterstreckung beruht.

Die vorherigen Erörterungen gaben bereits Gelegenheit, die Tragweite dieses Prinzips durch eine Reihe von Beispielen zu erläutern. Hier braucht nur noch auf solche Urteile eingegangen werden, welche eine Verpflichtung des einen Ehegatten feststellen.

Weder der gesetzliche Güterstand, noch die Gemeinschaftsgüterstände verhindern es, dass die Frau Verpflichtungen eingehen und aus ihnen belangt werden kann. Aber Rechtsgeschäft und Urteil haben

---

40) Hat der Mann den Prozess durch Vergleich erledigt, so ergeht keine Entscheidung; die Norm, dass die Frau das Urteil gegen sich gelten lassen muss, wenn der Gegner bei Prozessbeginn im guten Glauben war — diese Norm kann keine Anwendung finden. Bezüglich der Wirksamkeit des Vergleichs entscheidet der Satz, dass ein Rechtsgeschäft gegen die Frau wirkt, wenn der Gegner bei dessen Vornahme im guten Glauben war. — Die Frau kann intervenieren und hat die Stellung des § 69 CPO.

gegenüber dem Mann keine Wirksamkeit. Diese kann aber dem Urteil auch auf Grund des § 1435 zukommen.

a) Hat der Kläger, im guten Glauben, dass Gütertrennung bestehe, die Frau auf Erfüllung einer Verpflichtung verklagt und die Verurteilung erzielt, so kann der Mann das Bestehen der Verpflichtung nicht bestreiten, mag an die Stelle der Gütertrennung der gesetzliche Güterstand oder die Gütergemeinschaft gesetzt sein. Er kann es ebensowenig, als wenn der Prozess mit seiner Zustimmung von der Frau geführt wurde.[41]) — Eine andere Frage ist die, welche Wirkung die von dem Manne nicht zu bestreitende Verbindlichkeit der Frau in materieller Beziehung gegen ihn hat. Dies bestimmt sich zunächst nach dem Grunde der Verpflichtung, da der gute Glaube an ein in Wirklichkeit nicht bestehendes Güterrecht nur für die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte eine besondere Bedeutung hat. Die Folge von unerlaubten Handlungen der Frau und von Thatsachen, die eine gesetzliche Verbindlichkeit der Frau erzeugen, bestimmt sich lediglich nach dem bestehenden Güterstande. Wer von der Frau geschädigt ist, hat deshalb nicht mehr Rechte, weil er an einen Güterstand glaubte, der in Wirklichkeit nicht bestand.

b) Hat der Kläger den Ehemann in der Annahme des Bestehens der Gütergemeinschaft belangt, während an ihrer Stelle Gütertrennung oder gesetzlicher Güterstand vereinbart, aber nicht eingetragen wurde, so ist zu unterscheiden:

α) Ist der Mann auf Grund einer Thatsache belangt, die eine Verpflichtung ex persona mulieris (so z. B. aus einem von ihr aufgenommenen Darlehn, aus einer von ihr begangenen unerlaubten Handlung) erzeugte, so schliesst die Verurteilung des Mannes es aus, dass die Frau das Bestehen ihrer Verpflichtung bestreitet.

β) Ist der Mann aus einem Grunde, der in seiner Person liegt, verurteilt, so kann die Frau nicht bestreiten, dass der Mann schuldet. Während aber bei wirklich bestehender Gütergemeinschaft jede Verbindlichkeit des Mannes auch die Frau zur Schuldnerin (mit dem Gesammtgut) macht, haftet sie bei irrtümlich angenommener Gemeinschaft nur dann, wenn die Verbindlichkeit aus einem Rechtsgeschäft des

41) Dies ist auch ganz billig. Der Kläger hätte sich sonst die bei Gütergemeinschaft unnütze Prozessführung gegen die Frau sparen, bei gesetzlichem Güterstand hätte er den Mann gleich mitbelangen können.



Mannes entspringt und wenn der Kläger bei dessen Eingehung in gutem Glauben war. Ob und inwieweit die Verbindlichkeit des Mannes die Frau haftbar macht,[42] ist also mit der Verurteilung des Mannes noch nicht entschieden. Dies ist in einem Prozess mit der Frau festzustellen.

4. Es ist noch die Frage aufzuwerfen, ob die Rechtskraft nur zu Gunsten des gutgläubigen Gegners wirkt oder ob auch der andere Ehegatte sich auf das Urteil berufen kann. Nehmen wir folgendes Beispiel. Ein Gegenstand gehört zum Vorbehaltsgut, ist aber als dessen Bestandteil nicht registriert; der Ehemann hat auf Grund des § 1380 auf Feststellung des Eigentums der Frau geklagt. Ist er abgewiesen, so steht zweifellos die Rechtskraft in dem Umfang, in welchem sie bei Zugehörigkeit des Gegenstandes zum Ehegut gegenüber der Frau wirken würde, dieser entgegen, wenn der Gegner beim Prozessbeginn in gutem Glauben war. Wie aber, wenn der Ehemann gesiegt hat und in einem zweiten Prozess mit der Ehefrau selbst es wiederum streitig wird, ob das bejahte Recht besteht? — Oder man nehme an, dass der Eigentumsprätendent in dem Glauben, dass die Gütergemeinschaft noch bestehe, gegen den Ehemann auf die Feststellung seines Eigentums an einem Grundstück geklagt hat, welches im Falle des Bestehens der Gütergemeinschaft gemeinsam sein würde, in Wirklichkeit aber der Frau allein zustand. Hat der Kläger die Feststellung seines Eigentums erstritten, so ist es wiederum zweifellos, dass die Frau es nicht bestreiten kann. Wie aber, wenn das Eigentum des Klägers verneint ist und wenn er späterhin der Frau gegenüber abermals Eigentümer zu sein behauptet? Oder: der Ehemann hat den Beklagten, der von der Aufhebung der Gütergemeinschaft nichts wusste, auf Zahlung belangt und die Schuld beigetrieben. Kann der Schuldner den Betrag von der Frau zurückfordern und deren Berufung auf die Rechtskraft den Einwand entgegensetzen, dass der Mann nicht legitimiert gewesen sei, die der Frau allein zustehende Forderung geltend zu machen?

Bei der Beantwortung dieser schwierigen Fragen ist davon auszugehen, dass in materieller Beziehung der Dritte niemals an die Folgen, welche das Rechtsgeschäft nach dem vorausgesetzten Güterstande hat, gebunden ist, sondern stets die Beurteilung desselben nach dem

---

42) Vgl. hierüber oben S. 435 f. und namentlich das Beispiel in Note 20.

wirklich bestehenden Güterstande verlangen kann. Genauer: die letztere Beurteilung ist die Regel und die erstere tritt nur dann ein, wenn er es verlangt.[43]) Es liegt also ein eigentümliches Wahlrecht vor, wie es dem Dritten auch im Falle des § 1344 zusteht und in sehr ausgeprägter Gestalt zu Gunsten des die Nichtigkeit der Ehe nicht kennenden Ehegatten in § 1345 statuiert ist.

In entsprechender Weise ist die oben gestellte Frage nach der Wirksamkeit des Urteils (gegenüber dem anderen Ehegatten) zu beurteilen. Der Gegner kann sich a) auf den Boden der Wirklichkeit stellen. Ergibt sich von diesem aus, dass das Urteil gegenüber dem anderen Ehegatten keine Wirkung hat, weil der Mann nicht legitimiert war, mit Wirkung gegenüber der Frau zu prozessieren, so kann diese sich nicht auf das Urteil berufen. b) Statt dessen kann aber der Prozessgegner seinen guten Glauben anrufen und verlangen, dass die Wirkung der Prozessführung gegenüber dem anderen Ehegatten[44]) nach Massgabe des vorausgesetzten Gütersystems beurteilt werde, und hiergegen kann aus dessen Nichtbestehen „keine Einwendung" abgeleitet werden.

Thatsächlich wird die Sache so verlaufen, dass der Gegner den letzteren Weg wählt, wenn ihm das Urteil günstig ist,[45]) den ersteren, wenn es zu Gunsten der Ehegatten ausgefallen ist. Das ist aber doch etwas anderes, als wenn bestimmt wäre, dass das günstige Urteil für ihn, das ungünstige aber nicht gegen ihn wirke.[46])

Es entsteht noch die Frage, welche Bedeutung es hat, wenn der gutgläubige Gegner während des Prozesses die wirkliche Rechtslage erfährt, aber trotzdem den Prozess gegen den Ehegatten fortsetzt. Verschliesst er sich hierdurch die Möglichkeit, die Beurteilung der Rechtskrafterstreckung nach Massgabe des wirklichen Gütersystems zu verlangen? Man wird dies keinesfalls annehmen dürfen, wenn die Sach-

43) Vgl. oben A, III. — Die Analogie auf dem Gebiete der Schuldverhältnisse ist nicht die alternative Wahlobligation (mit Wahlrecht des Gläubigers), sondern die einfache Obligation mit der Ermächtigung des Gläubigers, eine andere Leistung an Stelle der prinzipaliter geschuldeten zu verlangen.. Dasselbe meint wohl Planck, Erl. 1 zu § 1345, wenn er sagt, es liege im Falle des § 1345 eine Art facultas alternativa vor.

44) Nur hierum handelt es sich. Die Wirkung des Urteils inter partes beurteilt sich, solange es besteht, schlechthin nach seinem Inhalt. Oben B, I.

45) Dann gilt das Urteil im vollen Umfang gegenüber dem anderen Ehegatten. Eine Teilung des Inhalts nach den günstigen und ungünstigen Seiten ist ausgeschlossen.

46) Das Reichsrecht hat diese verfehlte Bestimmung in einigen Fällen, vgl. oben S. 87/8 (CPO. § 856) u. S. 230 f. (CPO. § 326).

legitimation des prozessierenden Ehegatten auch beim Fehlen des vom Gegner vorausgesetzten Gütersystems vorhanden ist, so z. B. wenn der Ehemann, der vermeintlich in Gütergemeinschaft lebt, aus einem von ihm aufgenommenen Darlehn belangt ist. Aber auch sonst dürfte in der Fortsetzung des einmal begonnenen Prozesses kein Grund für die Bejahung der aufgeworfenen Frage zu finden sein.

IV. Das Gesetz verleiht dem Urteil die Wirksamkeit, die es haben würde, wenn der vorausgesetzte Güterstand zur Zeit des Prozessbeginns bestanden hätte. Wir haben nicht etwa den Satz, dass einer Zwangsvollstreckungsmassregel kein Widerspruch entgegengesetzt werden könne, falls dieser auf Grund des wirklich bestehenden Güterstandes begründet, bei Existenz des vom Gläubiger vorauszusetzenden Güterstandes aber unzulässig wäre. Vielmehr ist bei der Vollstreckung stets gemäss dem wirklich vorhandenen Güterrecht zu verfahren.

Besteht Gütergemeinschaft, so bedarf es zur Vollstreckung in das Gesammtgut eines Titels gegen den Mann (CPO. § 740). Dieser ist auch dann erforderlich, wenn die Frau verurteilt ist, weil der Kläger bei Beginn der Rechtshängigkeit mit Recht voraussetzte, dass die Frau in Gütertrennung lebe.[47]) — Besteht Gütertrennung, während der Kläger bei Zustellung der gegen den Ehemann erhobenen Klage mit Recht annahm, dass Gütergemeinschaft bestehe, so ist es ausgeschlossen, dass gegen die Frau auf Grund der Verurteilung des Mannes die Vollstreckung geschehen könnte.

Eine zweifelhafte Frage ist, wie sich der Kläger in dem ersten Fall den Vollstreckungstitel gegen den Mann, in dem zweiten Falle gegen die Frau verschafft. Meines Erachtens fehlen für die analoge Anwendung der §§ 742, 744 die Voraussetzungen. Es ist selbständige Klage gegen den Ehemann bezw. gegen die Frau erforderlich. In diesem Prozesse kann der Gegner das erste Urteil benutzen, soweit es nach dem bereits Ausgeführten (S. 444/6) Rechtskraft gegen den anderen Ehegatten schafft.

47) Beispiel: Die Frau ist zur Auflassung eines von ihr wirksam verkauften Grundstücks, das ihr früher allein gehörte, verurteilt. Dieses steht jetzt Mann und Frau zu und wir wollen annehmen, dass dies auch im Grundbuch vermerkt ist. Wie die freiwillige Auflassungserklärung nur wirkt, wenn sie von dem Manne abgegeben wird, so wirkt auch die gemäss § 894 CPO. ersetzte nur, wenn er verurteilt ist.



§ 62.

d) Wirksamkeit der Prozessführung bei Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit der Ehe (§ 1344).

I. Eine anfechtbare Ehe ist sowohl unter den Ehegatten wie Dritten gegenüber so lange vollwirksam, bis sie durch Anfechtung vernichtet ist. Diese Vernichtung (mit rückwirkender Kraft) tritt 1. da, wo die Anfechtungsklage erforderlich ist, erst mit der Rechtskraft der Nichtigkeitserklärung ein,[1]) im übrigen aber (nach Auflösung der Ehe) erst mit Abgabe der Anfechtungserklärung an das Nachlassgericht (§ 1342); falls ein Ehegatte während des schwebenden Anfechtungsprozesses stirbt, gilt die Vernichtung als mit der Klagerhebung erfolgt. 2. Ist eine Ehe unter Beobachtung der Formerfordernisse des § 1317 geschlossen, ist sie aber mit einem der in §§ 1325 bis 1328 bezeichneten Mängel behaftet, oder enthält das Heiratsregister den Eintrag eines Eheschlusses, der nicht einmal den Formerfordernissen des § 1317 entspricht, so gilt die Ehe so lange als bestehend, bis sie aufgelöst oder rechtskräftig für nichtig erklärt ist. Es entsteht also auch hier ein Rechtsverhältnis, welches alle Wirkungen der Ehe hat.[2]) Es kann einerseits zu einer vollgültigen Ehe erstarken (§ 1324 II, 1325, 1328 II), anderseits aber aufgehoben werden, und zwar in beiden Malen mit rückwirkender Kraft. Die Aufhebung kann während Bestehens dieses eigenartig schwebenden Eherechtsverhältnisses nur durch richterliches Urteil erfolgen.[3]) Wird die Ehe

---

1) § 1343, II. Die Bestimmung ist die selbstverständliche Konsequenz davon, dass das Nichtigkeitsurteil konstitutiv ist. Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 467f., bes. S. 471.

2) Rechtsverhältnisse sind ideelle Rechtsgebilde. Kann niemand geltend machen, dass ein Rechtsverhältnis nicht bestehe, so besteht es eben für das Rechtsleben. Dass es mit rückwirkender Kraft fortfallen kann, gilt ebenso bei der gewöhnlichen Anfechtbarkeit, vgl. oben S. 119f. Man beachte auch, dass § 1329 in Beziehung auf die „nichtige“ Ehe von einer Auflösung spricht. Wie kann etwas nicht Bestehendes aufgelöst werden?

3) Einen weiteren Beweis für die von mir verteidigte konstitutive Natur der Nichtigkeitserklärung (vgl. oben S. 65, 68) enthält § 1325 II. Wäre sie lediglich deklarativ, so wäre nicht einzusehen, weshalb die Ehe nicht auch nach Erlass der Nichtigkeitserklärung sollte „bestätigt“ werden können. Ich sage: nur das Eherechtsverhältnis, welches vorhanden ist, kann bestätigt werden; die Nichtigkeitserklärung hebt es auf und somit ist ein zu bestätigendes Verhältnis nun nicht mehr vorhanden. — Vgl. auch § 55 des Personenstandsgesetzes in der neuen Fassung (Note 13).

geschieden oder stirbt einer der Ehegatten, ehe die Konvalescenz eingetreten ist, so steht es jedermann frei, geltend zu machen, dass das Verhältnis mit rückwirkender Kraft fortgefallen ist.

Hieraus ergibt sich, dass in den Fällen des § 1329 BGB. eine Nichtigkeit in dem Sinne, in welchem das BGB. sonst ausnahmlos das Wort gebraucht,[4]) keineswegs vorliegt. Jene sogenannte Nichtigkeit unterscheidet sich von der Anfechtbarkeit nur durch die Gründe, aus denen das vorhandene Eheverhältnis beseitigt werden kann, durch die Art, in welcher diese Beseitigung eintritt und hinsichtlich der Personen, die sie herbeiführen können. In beiden Fällen handelt es sich um Aufhebbarkeit des Eheverhältnisses, welche in der uns hier interessierenden Beziehung (§ 1344) völlig gleich behandelt wird.[5]) Es mag deshalb gestattet sein, die Mangelhaftigkeit des Eheverhältnisses da, wo es sich um „Anfechtbarkeit" und jene scheinbare „Nichtigkeit" handelt und kein Bedürfnis zu einer Scheidung vorhanden ist, als Aufhebbarkeit zu bezeichnen. Als nichtige Ehe wird im folgenden nur jene aufhebbare Ehe bezeichnet[6]) im Gegensatz zu der Nichtehe, deren definitive Wirkungslosigkeit jederzeit und von jedermann geltend gemacht werden kann.[7])

II. Ist auf Seiten eines Ehegatten ein Ereignis eingetreten, dessen Wirkung für ihn selbst oder für den anderen Ehegatten von dem Bestehen eines gewissen Güterrechtssystems (indirekt also von dem Bestehen des Eheverhältnisses) abhängig ist, so treten diese Wirkungen trotz Aufhebbarkeit der Ehe im vollen Umfang ein, mag es sich um materielle oder prozessuale Rechtswirkungen handeln, mag ein Rechtsgeschäft, eine unerlaubte Handlung oder ein ex lege wirkendes Ereignis in Frage

4) Vgl. oben S. 116 Note 6. Nichtigkeit ist völliger und definitiver Mangel der Geschäftswirkung.

5) Es ist auch zu beachten, dass das Gesetz die willensmässige Beseitigung der Aufhebbarkeit in beiden Fällen als „Bestätigung" bezeichnet (§ 1325 II, 1337). Dies ist aber der technische Ausdruck für den Verzicht auf das Aufhebungsrecht (§ 144). Planck, Erl. 2 zu § 1325 legt Gewicht darauf, dass in der II. Kommission (Bd. 4 S. 60) ausdrücklich hervorgehoben sei, dass die Ersetzung der Genehmigung des E. I § 1251 durch die Bestätigung keine sachliche Änderungen bezwecke. Solche Konstatierungen haben für die Auslegung des Gesetzes keine Bedeutung.

6) Auch die CPO. gebraucht den Ausdruck in dieser Weise, wenn sie von „Streitigkeiten, welche die Nichtigkeit der Ehe zum Gegenstand" haben (§ 606), und von der Nichtigkeitsklage (§ 631 f.) spricht. Der Sprachgebrauch des BGB. ist ein weiterer. Vgl. §§ 1329, 1344 II.

7) Der Ausdruck „Nichtehe" wird zutreffend von Cosack, BR. II § 278 gebraucht. Die nichtige Ehe im Sinne des Textes bezeichnet er als Scheinehe. Vgl. auch oben S. 67.



stehen. Weder der Ehegatte, noch der Dritte können wegen der Aufhebbarkeit den Eintritt jener Rechtswirkungen leugnen.[8]) Nicht ihr Vorhandensein ist fraglich, sondern nur die Möglichkeit ihres Wegfalls (mit rückwirkender Kraft) kommt in Betracht.

1. Hieraus folgt also, dass ein Rechtsgeschäft, dessen Wirksamkeit gegenüber dem anderen Ehegatten von dem Besitz des Verwaltungsrechts des handelnden Ehegatten abhängt, in der Regel mit rückwirkender Kraft vernichtet wird, wenn die Aufhebung der Ehe eintritt, und dass die Rechtskrafterstreckung, die von dem Prozessführungsrecht abhängig ist, im gleichen Fall nicht mehr stattfindet. In prozessualer Beziehung liegt hierin eine ausserordentliche Härte. Ist die Ehe „nichtig", so kann allerdings der Beklagte den Mangel der Sachlegitimation, welche durch das Bestehen der Ehe bedingt ist, geltend machen, indem er gemäss § 150 CPO. verfährt und die Nichtigkeitsklage (CPO. § 632) erhebt. Aber gegenüber der Klage eines in anfechtbarer Ehe stehenden Ehegatten ist der Dritte machtlos, falls nicht etwa die Eheleute bereits im Anfechtungsprozess liegen.[9]) [10])

2. Gegen die Gefahren, welche sich hieraus ergeben, will der § 1344 die gutgläubigen Dritten schützen. Der Dritte ist berechtigt, an die

---

8) Arg. § 1329, der bei der „Nichtigkeit" dasselbe ergibt, was bei der Anfechtbarkeit gilt. Eine andere Frage ist, ob der Schuldner nicht einem Ehegatten, wegen der Anfechtbarkeit eine Leistung verweigern kann, falls sie im Falle der Aufhebung gegenüber dem Gläubiger nicht liberiert. Dies dürfte auch hier zu bejahen sein (vgl. oben S. 119 Note 20). Planck, Erl. 3 zu § 1344 verweist auf die Hinterlegung und auf die Streitverkündung. Die erstere reicht aber nicht aus (man denke nur an die Forderung der Auflassung oder an Bestrittenheit der Schuld) und die letztere ist nicht möglich (vgl. oben S. 367 Note 13a). — Ebenso kommt in Frage, ob nicht der Passivbeteiligte eine Kündigung, Wahlerklärung u. dergl. zurückweisen darf, so lange die Aufhebbarkeit und die Gefahr besteht, dass die Erklärung rückwärts wirkungslos wird, wenn die Aufhebung erfolgt. Planck, Erl. 2 a. E. zu § 1344 bejaht dies mit Recht. Aber es ist ebensowenig „selbstverständlich", wie die Zulässigkeit der eben verteidigten dilatorischen Einrede. Denn der § 1329, den Planck nicht berücksichtigt, steht entgegen, wenn man wörtlich interpretiert. — Das verteidigte Ergebnis ist für die Ehegatten nicht allzu beschwerend. Sie mögen die Forderung zusammen einziehen, kündigen u. s. w.

9) CPO. § 152. Einigermassen Schutz gewähren die Befristungen der Anfechtungsrechte und der Umstand, dass in der Aufrechterhaltung der Klage (trotz Darlegung der Anfechtungsgründe) in der Regel eine Bestätigung (§ 1337) liegen wird. Letzteres setzt aber voraus, dass der Anfechtungsberechtigte der Kläger ist.

10) Analog ist die Situation im Prozess mit dem Erbunwürdigen. Doch kann hier die Aussetzung des Verfahrens selbst dann nicht unbedingt verlangt werden wenn der Anfechtungsprozess schon anhängig ist. Aber hier kann die Anfechtung durch Widerklage geltend gemacht werden. Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 382f.



Gültigkeit der noch nicht aufgelösten Ehe zu glauben, wenn sie registriert [11]) oder doch in formell gültiger Weise geschlossen ist. Das Gesetz verleiht dem Ehegatten zu Gunsten des gutgläubigen Dritten und zu Lasten des anderen Ehegatten die Verfügungsmacht, wenn er diese nach den als gültig bestehend anzunehmenden Verhältnissen [12]) besass, und ebenso ist auch hier wieder im Gesetz ausdrücklich bestimmt, dass der Verfügungsmacht die Prozessführungsmacht entspricht.

III. Die Verhältnisse gestalten sich im allgemeinen ganz analog den sich aus § 1435 ergebenden. Deshalb darf zur Vermeidung von Wiederholungen auf die früheren Ausführungen (§ 61) verwiesen werden. Nur einzelne Punkte sind hervorzuheben.

1. Der gute Glaube des Dritten fehlt, wenn ihm „die Nichtigkeit bekannt war". Bei der Frage, was er kennen muss, ist nun zu beachten, dass das Wissen oder Nichtwissen schlechthin bedeutungslos ist, wenn die Nichtigkeitserklärung erfolgt und rechtskräftig geworden ist. [13]) Hieraus folgt, dass die Kenntnis des § 1344, solange die Ehe nicht aufgelöst ist, nicht etwa bedeuten kann, dass zwischen den Parteien kein Eheverhältnis bestehe. Denn nach § 1329 besteht dieses vor der Auflösung trotz eines Nichtigkeitsgrundes gegenüber jedermann ebenso, wie das anfechtbare Eheverhältnis. Demnach kann die Kenntnis der „Nichtigkeit", von welcher das Gesetz spricht, in dem bezeichneten Falle nur bedeuten, dass der Dritte die Aufhebbarkeit der Ehe kennt. [14]) Ist die Ehe aufgelöst (durch Tod oder Scheidung), so bedeutet die Kenntnis der Nichtigkeit die Kenntnis, dass die Ehe aufhebbar sein würde, wenn sie noch bestände. Die nach § 1344 relevante Kenntnis entspricht also völlig der Kenntnis der „Anfechtbarkeit", von welcher das Gesetz nicht

11) Im allgemeinen begründen die Standesregister nur die Vermutung der Wahrheit der Thatsachen, zu deren Beurkundung sie bestimmt sind. § 15 PersStGes. Unter gewissen Umständen steigert sich die Vermutung zur Fiktion.

12) Die §§ 1431, 1435 können konkurrierend in Betracht kommen, wenn die in nichtiger Ehe lebenden Ehegatten den Ehevertrag nicht haben registrieren lassen.

13) Die Thatsache der Nichtigkeitserklärung hat die entsprechende Bedeutung, wie die Thatsache des Eintrags des Ehevertrags nach § 1435. — § 55 des PersStG. schreibt vor, dass die Nichtigkeitserklärung (sie ist neben der „Feststellung des Nichtbestehens der Ehe" aufgeführt!) in dem Heiratsregister zu vermerken ist. Aber der Mangel ihrer Eintragung nützt dem Dritten nichts.

14) Dazu gehört, dass der Dritte die Thatsache, welche das Recht zur Nichtigkeitsklage begründet, kennt und weiss, dass sie die Ehe zu einer mangelhaften macht. (Anders § 40, II KO., vgl. oben § 54 Note 16.) Dass der Dritte den juristischen Begriff der Nichtigkeit der Ehe beherrscht, wird nicht zu verlangen sein.



spricht, da sie eben nach § 142 II BGB. der Kenntnis der Vernichtung gleichsteht.

2. Die Bedeutung des § 1344 kann nur dann richtig gewürdigt werden, wenn man beachtet, dass vor der Auflösung der Ehe die Anfechtbarkeit sogar nach Erhebung der Anfechtungsklage bedeutungslos[15]) ist und dass nach § 1329 dasselbe bezüglich der „nichtigen" Ehe gilt. Auch wenn ich in Kenntnis der Aufhebbarkeit dem in Gütergemeinschaft lebenden Ehemann ein Darlehn gewährt und auf die Rückzahlung geklagt habe, kann mir die Frau die Aufhebbarkeit nicht entgegen setzen, wenn ich mich ihr gegenüber auf die Rechtskraft berufe oder die Zwangsvollstreckung auf Grund irgend welchen Titels in das Gesammtgut betreibe.

Praktische Bedeutung gewinnt der § 1344 erst dann, wenn die Nichtigkeitserklärung erfolgt oder die Ehe sonstwie aufgehoben ist. Nunmehr hat jeder beteiligte Dritte und ebenso im allgemeinen der beteiligte Ehegatte das Recht, sich auf den Standpunkt zu stellen, dass die Ehewirkung mit rückwirkender Kraft weggefallen ist. So kann die Ehefrau geltend machen, dass der von dem Ehemann geschlossene Mietvertrag für sie nicht die Wirkung des § 1423 hat, dass der andere Teil aus ihrem Vermögen (als Teil des Gesammtguts) Befriedigung erhalten hat, obwohl sie nicht Schuldnerin war, dass der Mann nicht legitimiert war, auf Grund der vereinbarten Gütergemeinschaft über ihre Rechte zu prozessieren u. s. w. Ebenso kann der Dritte geltend machen, dass die im gesetzlichen Güterstand befindlich gewesene Frau sich nicht auf den § 1396 berufen kann, um die Nichtigkeit ihrer Verfügung aus dem Bestandenhaben der Ehe herzuleiten.

Aber der Dritte, der gutgläubig (1) mit einem Ehegatten ein Rechtsgeschäft geschlossen oder einen Prozess begonnen hat, kann sich statt dessen bezüglich der Wirkung des Rechtsgeschäfts und der Prozessführung auch auf den Standpunkt stellen, wie er sein würde, wenn die Ehe vollgültig bestanden hätte und zur Zeit der Nichtigkeitserklärung durch den Tod oder Scheidung aufgelöst wäre.[16])

---

15) § 1343 II. Nur die Aussetzung des Rechtsstreits, in dem das Bestehen der Ehe relevant ist, kann erreicht werden.

16) So behandelt BGB. § 1345 die Rechtslage zu Gunsten des gutgläubigen Ehegatten im Verhältnis zu dem schlechtgläubigen Ehegatten. Kann dem Dritten aus der Nichtigkeit des Geschäfts kein Einwand gegen das Geschäft entgegengesetzt werden,



a) Materiellrechtlich gestaltet sich also bei gütergemeinschaftlicher Ehe die Sache so, dass die aus dem Rechtsgeschäft des Mannes entsprungene beschränkte Haftung der Frau (mit dem Gesammtgut), welche bei Anfechtbarkeit und „Nichtigkeit“ der Ehe zweifellos vorhanden war, nicht fortfällt. Hat die Frau ein Rechtsgeschäft geschlossen, aus dem eine Gesammtgutsverpflichtung entsprang, so bleibt der Mann auch nach der Nichtigkeitserklärung Schuldner des Kontrahenten, aber natürlich nur so, wie er Schuldner sein würde, wenn die Ehe durch Scheidung aufgelöst wäre, d. h. so, dass er beschränkt (mit dem Gesammtgut) haftet.[17]) Der Gläubiger kann deshalb aus dem vorhandenen Gesammtgut Befriedigung verlangen und den nur mit ihm haftenden Ehegatten belangen. Hat er vor der Nichtigkeitserklärung Befriedigung erhalten, so ist er der condictio indebiti nicht ausgesetzt.

Bei dem gesetzlichen Güterstande ist von einer Haftung der Frau für die Schulden des Mannes nicht die Rede. Sie haftet auch nicht etwa mit den Früchten, die dem Manne bei Gültigkeit der Ehe zufallen würden. Soweit solche bei der Nichtigkeitserklärung noch vorhanden sind und der Frau gehören, weil sie dem Manne nicht zugefallen sind, kann sie deshalb nicht in Anspruch genommen werden.[18]) Aus dem Mietvertrag, den der Mann nach § 1423 über ein Grundstück eingegangen ist, wird die Frau berechtigt und verpflichtet, wenn der Mieter im guten Glauben war. Die Haftung der Frau ist die Folge der Belastung ihres Grundstücks,

---

muss er aber anderseits die Beendigung des Eheverhältnisses hier gerade so gut anerkennen, als im Falle der Scheidung der Ehe, so bedeutet dies alles zusammengenommen nichts anderes, als das im Text Gesagte.

17) A. M. im Anschluss an die Motive Bd. 4 S. 65 Planck, Erl. 2 Abs. 2 zu § 1344. Er betrachtet die persönliche Haftung des Mannes als Folge des Rechtsgeschäfts und bejaht sie. Aber die beschränkte Haftung fasst er offenbar nicht als Haftung auf, sondern betrachtet sie unter dem Gesichtspunkt, dass die Vermögensbestandteile der Zwangsvollstreckung unterliegen (vgl. dagegen oben § 61 Note 12/3). So gelangt er zu dem Satz, dass die Frau von vornherein nicht haftet, der Mann aber deshalb nicht, weil „seine Haftung mit der Beendigung der Gütergemeinschaft nach § 1459 II erlösche“. Aber § 1459 II bezieht sich nur auf die persönliche Haftung und sagt nur, dass diese erlischt. Dass der Mann mit seinem Anteil am Gesammtgut haftbar bleibt, ist doch wohl zweifellos. Wer einen Beweis verlangt, kann ihn aus § 743 CPO. entnehmen. (Anders liegt die Sache bei dem gesetzlichen Güterstande, vgl. den folgenden Text.) — Wie Planck auch Andere, so Hachenburg, Vortr. S. 278 (die Haftung des Vermögens der Frau ist keine Folge des Rechtsgeschäfts; der Dritte hat kein Recht auf die Zugriffsobjekte) und Lehmann, BR. II § 86 Nr. 1 (§ 1344 schützt nur den Bestand, nicht die Durchführung des Anspruchs).

18) In diesem Punkte übereinstimmend Planck, Erl. 2 zu § 1344.



welche das Rechtsgeschäft des Mannes auf dasselbe gelegt hat;[19]) seine Wirksamkeit kann wegen der Nichtigkeit der Ehe nicht in Zweifel gezogen werden.

b) Prozessual gestaltet sich die Sache sehr einfach. War der Gegner des Ehegatten in gutem Glauben, so kann er nach der Nichtigkeitserklärung den Prozess trotzdem als gültig begonnen behandeln, und er kann[20]) aus dem Urteil, welches gegen den prozessierenden Ehegatten ergangen ist, gegenüber dem anderen die Rechtskraftwirkung ableiten, die es haben würde, wenn die Ehe gültig gewesen wäre.[21]) Schwebt der Prozess noch zur kritischen Zeit, so gelten die Grundsätze, welche für den Fall der Auflösung einer rechtgiltig eingegangenen Ehe gelten.[22]) Hier ist es meines Erachtens gar nicht zweifelhaft, dass der andere Ehegatte den Prozess fortzusetzen hat, wenn er bei Gültigkeit der Ehe es thun könnte und müsste. Und zwar tritt hier die Succession in das Prozessverhältnis von selbst ein.

c) Das Urteil macht nur Rechtskraft gegen den anderen Ehegatten, nicht Vollstreckbarkeit.[23])

IV. Eine ähnliche Gestaltung der Verhältnisse, wie sie sich aus § 1344 ergeben kann, finden wir in einem anderen Familienverhältnis. Das in der Ehe geborene, aber nicht von dem Ehemann erzeugte Kind gilt im Verhältnis von Ehemann und Kind und gegenüber allen Dritten schlechthin für ehelich so lange, bis das das Ehelichkeitsverhältnis aufhebende Urteil rechtskräftig geworden ist oder bis der Ehemann oder das Kind (ohne vorherigen Wegfall des Anfechtungsrechts) gestorben sind.[24]) Für die Lehre von der Rechtskrafterstreckung kommen jedoch diese neuen und eigenartigen Vorschriften nicht in Betracht. Denn einerseits hat der Vater nur das Recht, im Namen des Kindes zu handeln, anderseits hat das BGB. hier keine Vorschriften zum Schutz des guten Glaubens.[25])

---

19) Vgl. oben § 60, IV, 3.

20) Vgl. dazu § 60, IV, 4.

21) Im näheren vgl. oben § 61, B, III, namentlich auch S. 446/8, bezüglich der Frage nach der Wirkung der Urteile, die andere als rechtsgeschäftliche Verpflichtungen zum Gegenstand haben.

22) Vgl. oben § 61, S. 443 f.

23) Vgl. § 61 a. E.

24) § 1596 III (= § 1343 II), vgl. Anspr. u. Klagr. S. 464 Note 24.

25) Dies ist eine Lücke, die geradezu bedauernswert ist, aber durch die Wissenschaft schwerlich im Wege der Analogie ausgefüllt werden kann.

e) Prozessführung auf Grund falschen Erbscheins und irriger Todeserklärung.

§ 63.

α) Die Bedeutung des Erbscheins im allgemeinen.

I. Der gute Glaube an die Erbberechtigung.

1. Die Tendenz des modernen Rechts, den gutgläubigen Verkehr zu schützen, ist auch auf dem Gebiet des Erbrechts in sehr weitgehendem Masse verwirklicht. Der Glaube, dass an Stelle des weggefallenen Rechtssubjekts eine bestimmte Person als Nachfolger getreten und die Verfügung über das nachgelassene Vermögen erhalten habe, ist im allgemeinen nicht geeignet, das mangelnde Verfügungsrecht des vermeintlichen Erben zu ersetzen, mag auch der Glaube des anderen Teils noch so entschuldbar und gerechtfertigt erscheinen. Damit der Glaube gut, d. h. wirksam sei, ist erforderlich, a) dass dem falsus heres ein Erbschein zur Seite steht. Dass der andere Teil von der Erteilung des Erbscheins Kenntnis gehabt habe, ist nicht erforderlich.[1]) Er wirkt aber erst von seiner Erteilung an und nur solange, als er nicht an das Nachlassgericht zurückgegeben[2]) oder infolge seiner Kraftloserklärung unwirksam geworden ist.[3]) b) Ferner ist erforderlich, dass der Erwerber die Unrichtigkeit des Scheins nicht kennt und auch nicht weiss, dass er von dem Nachlassgericht[4]) zurückgefordert ist (§ 2366).

Ist die Erbeinsetzung (Testament oder Erbvertrag) anfechtbar oder kann der Berufene die Annahme oder Ausschlagung anfechten[5]) oder ist der Erbschaftserwerb wegen Erbunwürdigkeit rescissibel, so ist der Be-

1) Ebensowenig, wie die Einsicht des Grundbuchs.

2) Der andere Teil braucht sich, wie Strohal, Erbr. S. 377 Note 5 zutreffend betont, den Erbschein nicht vorlegen zu lassen. Aber wenn er sich ihn von dem vermeintlichen Erben nicht bei der betreffenden einzelnen Rechtshandlung vorzeigen lässt, handelt er ebenso auf seine Gefahr, als wenn er im Vertrauen darauf kontrahiert oder prozessiert, dass das Grundbuch (§ 892) oder das Güterrechtsregister (§ 1435) noch denselben Inhalt wie früher habe.

3) Diese Unwirksamkeit wirkt ebenso schlechthin, wie die Nichtigkeitserklärung (§ 1344, I a. E.) oder die Berichtigung des Standesregisters. Vgl. § 62, bei Note 13.

4) Kenntnis der Rückforderung durch einen Erbprätendenten (§ 2362) schadet dem Erwerber nichts, wenn er trotzdem noch an die Richtigkeit des Scheins glaubt.

5) Die Anfechtung der Ausschlagung bewirkt indirekt auch Rückgängigmachung des Anfalls (an den Nächstberufenen), gehört also ebenfalls in unseren Zusammenhang.

rufene gleichwohl Erbe geworden. Hat er einen Erbschein erlangt,[6]) so kann bis zur vollzogenen Anfechtung[7]) nur von einer Kenntnis der Anfechtbarkeit, also der Möglichkeit des Wegfalls der Erbberechtigung, nicht aber von der Kenntnis ihres Mangels die Rede sein. Nach § 142 II BGB. steht aber die erstere Kenntnis der letzteren gleich.[8])

2. Ein Erbschaftsregister gibt es nach dem Reichsrecht nicht, die II. Kommission lehnte einen Antrag auf seine Einführung aus äusseren Gründen ab.[9]) Für die sachliche Beurteilung der Bedeutung des Erbscheins kommt der Mangel des Registers nicht in Betracht. Denn es ist offenbar nur ein ganz äusserlicher Unterschied, ob die amtlichen Bekundungen in einem einsehbaren Register zusammengestellt werden und der Berechtigte eine Abschrift der sein Recht betreffenden Eintragung erhält, oder ob nur Einzelakten geführt werden, deren Einsicht gestattet ist[10]) und aus denen eine Ausfertigung der amtlichen Bekundung erteilt wird.

Hieraus rechtfertigt es sich, wenn wir den Erbschein im Zusammenhang der Bestimmungen betrachten, welche den Glauben an eine Sachlegitimation dann schützen, wenn er in Übereinstimmung mit den zur Sicherung des Verkehrs bestimmten Registern steht.

II. Die Bedeutung, welche der Erbschein in materiellrechtlicher Beziehung hat, ist zunächst zu charakterisieren.

1. Sie ist der Art nach ganz die gleiche, wie die Bedeutung des

6) Die Frage, ob trotz evidenter Anfechtbarkeit der Erbschein erteilt werden darf, ist bestritten. Strohal S. 373 Note 3 verneint, wenn das Nachlassgericht mit der naheliegenden Möglichkeit rechnen müsse, dass von dem Anfechtungsrecht Gebrauch gemacht werde. M. E. ist dies damit, dass der Berufene bis zur Anfechtung der Erbe ist (vgl. oben § 16), nicht zu vereinigen. Das Richtige dürfte es vielleicht sein, dass das Nachlassgericht den Erbschein zwar erteilt, aber in ihm auf die Anfechtbarkeit hinweist. Damit dürfte den Interessen aller Beteiligten gedient sein.

7) Im Falle der Erbunwürdigkeit also bis zur Rechtskraft des Rescissionsurteils (§ 2344).

8) Der Erbschein hat in diesem Fall seine grosse Bedeutung jedenfalls in materiellrechtlicher Beziehung. Auch prozessual ist er relevant, wenn man der Ansicht ist, dass die Rückwirkung der Anfechtung auch auf prozessualem Gebiete die Bedeutung hat, dass der beseitigte Erbe nun nicht mehr als Rechtsnachfolger des Erblassers, also auch nicht als Rechtsvorgänger des an seine (des beseitigten Erben) Stelle Tretenden (des anfechtenden zweiten Erben) zu behandeln ist. Folgt man der entgegengesetzten Ansicht (s. oben § 16), so ergibt sich, dass der Prozess des durch Anfechtung beseitigten Erben für den Nächstberufenen die in § 325 I CPO. statuierte Wirkung hat. (Anders ist es bei der Ausschlagung, vgl. oben § 30 bei Note 7a.)

9) Protokolle Bd. 5 S. 672.

10) Ges. über Freiw. Gerichtsb. § 34.



Eintrags im Grundbuch. Verschieden ist nur das Recht, auf welches sich die amtliche Bekundung bezieht und demnach ist auch der Kreis der in Betracht kommenden Fälle ein verschiedener.

Das Grundbuch bekundet, wer der Eigentümer ist, welche dinglichen Rechte bestehen und wem sie zustehen. Es wird vermutet, dass der als Berechtigter Eingetragene es ist (§ 891), und diese Vermutung wird zu Gunsten des Gutgläubigen zur Fiktion bei allen Verfügungen, die der Eingetragene auf Grund des registrierten Rechts vorgenommen hat (§§ 892,3).

Der Erbschein bekundet, wer der Erbe ist und welche Anordnungen des Erblassers ihn beschränken. Es wird vermutet, dass der als Erbe Bezeichnete es geworden ist (§ 2365) und diese Vermutung wird zu Gunsten des Gutgläubigen zur Fiktion bei allen Verfügungen,[11]) die er als Erbe über irgendwelche[12]) Erbschaftsrechte („Erbschaftsgegenstände") [13]) vorgenommen hat.

Das Grundbuch verleiht also dem als Eigentümer u. s. w. Eingetragenen im Interesse des gutgläubigen Erwerbers die Macht, über das eingetragene Recht beliebig derart zu verfügen, dass der andere Teil das Recht des Dritten bekommt, wenn es einem solchen zusteht.[14])

---

11) Mögen sie eine translative, konstitutive oder restitutive Succession (oben §§ 35-44) herbeiführen oder nur den Inhalt eines bestehenden Erbschaftsrechts verändern, z. B. durch Vereinbarung von anderen Kündigungsfristen oder von Bedingungen, durch Gewährung der Stundung u. s. w. Die Annahme der Leistung bewirkt ebenso wie der pure Erlass zu Gunsten des Schuldners den Untergang der Erbschaftsforderung, also die Befreiung von dem Rechte. Dass die Bewirkung der Leistung in § 2367 noch besonders erwähnt wird, verändert ihren oben charakterisierten rechtlichen Charakter nicht, soweit die Bewirkung der Leistung eine Annahme derselben (also ein Rechtsgeschäft des falsus heres) voraussetzt. Der § 2367 enthält eine neue (nicht schon aus § 2366 abzuleitende) Rechtssatzung nur insofern, als er sich auch auf andere, als Befreiungsgeschäfte, bezieht und als er dem Schuldner bei jeder Bewirkung der Leistung die Wirkungen zu teil werden lässt, die eintreten würden, wenn er nicht im Irrtum über die Person des Gläubigers gewesen wäre (vgl. o. S. 259 f.). In diesem Endergebnis übereinstimmend Strohal S. 386/7, der aber S. 383b und S. 385c die Befreiungsgeschäfte und die Bewirkung der Leistung scharf von einander sondert. Zutreffend ist die Bemerkung von Strohal S. 390, dass auch Kündigungserklärungen und andere einseitige Rechtsgeschäfte, die gegenüber dem Scheinerben vorgenommen werden, gegen den wahren Erben wirken.

12) So also auch über solche Rechte, über welche der Nichtberechtigte im allgemeinen keine Verfügungsmacht kraft des guten Glaubens des Erwerbers hat, wie z. B. über gewöhnliche Forderungen.

13) Also auch über die surrogierten Rechte (§§ 2019 II, 2041).

14) Vgl. oben § 13, III.



Der Erbschein aber gibt dem Legitimierten lediglich diejenige Verfügungsmacht, deren Besitz von der Erbberechtigung abhängig ist. In dem ersten Falle kehrt sich der Besitz der Verfügungsmacht des Nichtberechtigten gegen den Berechtigten, wer es auch sei,[15]) bei falschem Erbschein aber nur gegen den Erben; der Erwerber erlangt mit Rücksicht auf den Erbschein durch die Verfügung des Nichtberechtigten nur diejenige Rechtsstellung, welche ihm nach der Regel nur der verus heres geben könnte.[16])

Demnach kann das Verhältnis der Vorschriften der §§ 2366/7 zu den Vorschriften der §§ 892/3, 932/6, 1058, 1248 BGB. und der Art. 36, 82 WO. u. s. w. meines Erachtens nicht in der Weise bezeichnet werden, dass die §§ 2366/9 dem Erwerber „einen viel weiter gehenden Schutz zu teil werden lassen".[17]) Vielmehr dürfte zu sagen sein: die Vorschriften stehen, weil sie ganz verschiedene Voraussetzungen haben, ganz selbständig neben einander; sie ergänzen sich; es ist sehr wohl möglich, dass sie in dem konkreten Fall beide zur Anwendung gelangen, ebenso aber auch, dass nur die eine zur Anwendung gelangt. Dies mag an den von Strohal gewählten Beispielen gezeigt werden.

Veräussert der falsus heres eine in seinem Besitz befindliche Nachlasssache[18]) durch constitutum possessorium, so geht das Eigentum sofort auf den Erwerber über, wenn der Veräusserer Eigentümer war. Das ist er hier zwar nicht, aber gegen diesen Mangel schützt den Erwerber, wenn der wahre Erbe der Eigentümer war, die Verfügungsmacht, welche der Scheinerbe über die Rechte des Erben (als solchen) besitzt; dabei ist Voraussetzung lediglich die Unkenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit des Scheins. Der Erwerber hat dann das Eigentum des Erben erlangt und dieser kann sie nicht vindicieren, obwohl ihm die Sache abhanden gekommen ist.[19]) — Stand aber die Nachlasssache nicht im Eigen-

---

15) Ebenso, wenn die Verfügungsmacht auf dem Besitz oder sonstigen in Betracht kommenden Gründen beruht.

16) Also gehen bei einem Übertragungsgeschäft die Rechte des verus heres durch die Verfügung des Nichtberechtigten auf den Erwerber über. Hieraus wurden in § 29. II bereits Konsequenzen für die Rechtskraft abgeleitet.

17) So Strohal Erbr. S. 380 in Beziehung auf § 932/6.

18) Vgl. Strohal S. 381. — Gehört die Sache nicht zur Erbschaft, so bleibt § 2366 völlig ausser Betracht.

19) BGB. § 935. Arg. § 857: Der Besitz war dem Erben erworben; durch die Aneignung des falsus heres kam jenem die Sache abhanden.

tum des Erben, so ist der Erwerber durch das constitutum possessorium nicht Eigentümer geworden. Er wird es nur durch Herausgabe (§ 933) und nur dann, wenn er ohne grobe Fahrlässigkeit nicht wusste, dass das Eigentum einem Vierten zustand. War er wegen lata culpa nicht im guten Glauben, so kann dieser Eigentümer (nicht: der Erbe) sie vindicieren. Ist dem Erwerber das Eigentum durch constitutum possessorium übertragen, so kann der Eigentümer, solange die Sache noch im Besitz des Veräusserers (des falsus heres) ist, sie vindicieren, auch wenn der Erwerber in optima fide war. — Aus alledem erhellt: die §§ 932/3 gewähren nur zum Teil einen weitergehenden Schutz, sind dafür aber auch strenger in den Voraussetzungen.

Dass dasselbe bezüglich der §§ 892/3 gilt, lässt sich leicht zeigen. Hat der Eigentümer dem Erwerber eine der Grundbuchordnung entsprechende Bewilligung der Eintragung eines Niessbrauchs erteilt, so ist er an die dingliche Einigung gebunden und kann die Eintragung nicht mehr verhindern (§ 875 II); die Aushändigung bedeutet also bereits eine Verfügung über das Eigentum,[20]) während das Versprechen, die Eintragungsbewilligung vornehmen zu wollen, lediglich ein Schuldverhältnis erzeugt. Hat nun der legitimierte Scheinerbe diese Verfügung vorgenommen, so ist der verus heres geradeso gebunden, als hätte er selbst verfügt, der Erwerber ist also geschützt, aber wieder nur gegenüber dem wahren Erben, ebenso wie im Falle der Eigentumsübertragung durch constitutum possessorium. Dagegen greifen die §§ 892/3 in solchem Falle nicht ein. Dafür wäre die Voraussetzung, dass der Antrag bereits bei dem Grundbuchamte gestellt war (§ 892 II). Wäre letzteres geschehen und der falsus heres als Eigentümer eingetragen gewesen, so hätte der Erwerber eine unangreifbare Rechtsposition auch dann, wenn ein Vierter der Eigentümer war. Fehlt aber eine der beiden Voraussetzungen, so ist der Erwerber zwar gegenüber dem Erben, nicht aber gegenüber dem Vierten geschützt. Erfährt er in der Zwischenzeit, dass der Erblasser nicht der Eigentümer war oder lässt der Vierte vor,

20) Der Erwerber ist noch nicht Niessbraucher, aber der vorausgesetzte Thatbestand bewirkt eine Beschränkung der Verfügungsmacht des bewilligenden Eigentümers, die auch im Falle des § 892 I Satz 2 (gegenüber einem Vierten) relevant werden kann. Jene Beschränkung ist nur die andere Seite des dem Erwerber eingeräumten Rechts, sich den Niessbrauch durch die lediglich von seinem Willen abhängige Herbeiführung der Eintragung zu verschaffen.



der Beantragung (§ 892 II) einen Widerspruch eintragen, so kann der Dritte nicht mehr mit Wirkung gegen den Vierten erwerben.[21])

Auch hier zeigt sich wieder, wie Voraussetzung und Wirkung der §§ 2366/7 und der §§ 892/3 verschieden sind,[22]) und dass sie deshalb auch konkurrierend zur Anwendung kommen können. Dies hat namentlich auch für unsere prozessualen Betrachtungen Bedeutung. Denn wer die von uns zu verteidigende Rechtskrafterstreckung auf Grund der falschen Erbbescheinigung bestreitet, muss, wenn der Eingetragene nach den früheren Untersuchungen über die Wirkungen der grundbuchmässigen Legitimation des Nichtberechtigten oder wegen der §§ 1058, 1248 (oben §§ 59, 60) wirksam prozessieren konnte, jedenfalls zu der Rechtskrafterstreckung gelangen, wenn die Voraussetzungen für diese nach dem eben bezeichneten Gesichtspunkte gegeben sind.

2. Ebenso kann eine Rechtskrafterstreckung aus anderen, ganz selbständigen Gesichtspunkten eintreten, so z. B. wenn der wahre Erbe, der vielleicht im Streite mit einem Erbprätendenten ist, den Erbschaftsschuldnern oder sonstigen Passivbeteiligten angezeigt hat, dass er den Prätendenten als den Nachfolger des Erblassers anerkenne. Diese Mit-

---

21) Ein weiteres Beispiel: Der Erblasser war im Grundbuch als Eigentümer eingetragen, zugleich aber ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs; F. hat den Erbschein erlangt; V. ist der verus heres. Lässt F. an den gutgläubigen Erwerber auf, so erlangt dieser trotz des Widerspruchs und trotz etwa mangelnder Eintragung des falsus heres (GO. § 41) das Eigentum, wenn es dem Erblasser zustand. Gegenüber dem V. ist er geschützt nach § 2366, der Widerspruch kommt diesem nicht zu gute. Der andere Eigentumsprätendent aber wird durch die Auflassung nicht berührt. — Wusste der Erwerber, dass der Erbschein unrichtig oder zurückgefordert sei, so kann ihm die Auflassung nicht zu statten kommen und zwar niemanden gegenüber, da die Verfügung des falsus heres nach dem Regelrecht zu beurteilen, also wirkungslos ist. Auf die Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs kommt es aus diesem Grunde nicht an. Anders würde es sein, wenn der falsus heres im Grundbuch eingetragen gewesen wäre, aber nicht als Erbe verfügt hätte und wenn auch aus dem Grundbuch nicht zu ersehen gewesen wäre, dass das Eigentum infolge Erbfalls für ihn eingetragen sei. Hier würde es für den Erwerber ganz gleichgültig sein, wenn er wusste, dass der Veräusserer nicht der Erbe sei. Thatsächlich wird diese Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht vorkommen können, bei Hypothekenbriefen kann man sich aber die Situation schon leichter vorstellen, so z. B. wenn der falsus heres auf Grund einer gefälschten Cession als der Berechtigte erschien und seinerseits abgetreten hätte. Sehr leicht ist die entsprechende Situation bei Veräusserung von beweglichen Sachen zu denken. Vgl. hierzu auch Strohal S. 379, der unsere Unterscheidungen nicht macht.

22) Dies wird m. E. von Strohal in Note 22 auf S. 384 f. nicht genügend berücksichtigt.



teilung sichert den Passivbeteiligten gemäss §§ 409, 412/3 ganz ohne Rücksicht darauf, ob ein die Übertragung der Erbschaftsrechte herbeiführender Vergleich stattgefunden hat.

Ebenso kommt dem Gegner unter allen Umständen sein guter Glaube zu gute, wenn er ohne Kenntnis von der Surrogation einen Prozess mit dem Erbschaftsbesitzer über eine Forderung oder über ein sonstiges Recht begonnen hat, welches dem Erbschaftsbesitzer infolge des von diesem geschlossenen Rechtsgeschäfts zustehen würde, falls das Recht nicht mit Mitteln der Erbschaft begründet wäre.[23]) Dies gilt auch dann, wenn der Gegner gewusst hat, dass der Erbschaftsbesitzer nicht der Erbe ist. Denn es kommt hier auf die Kenntnis einer ganz anderen Thatsache an. Das Vorhandensein eines Erbscheins und die Unkenntnis von dessen Unrichtigkeit kommt materiellrechtlich und prozessual erst dann in Betracht, wenn der Gegner gewusst hat, dass das ihm gegebene Darlehn mit Erbschaftsgeld begründet wurde, dass eine angebliche Verbindlichkeit mit Erbschaftssachen getilgt wurde u. s. w.

§ 64.

β) Die Wirkung der Prozessführung des legitimierten Scheinerben.

I. Während das Gesetz in den zahlreichen bisher betrachteten Fällen dem Nichtberechtigten die Macht der Prozessführung (mit Wirkung gegen den Berechtigten) in demselben Umfang beilegt, in welchem er mit Wirkung gegen ihn über das fremde Rechtsverhältnis frei verfügen kann, erwähnt das Gesetz in den §§ 2366/7 die Prozessführung nicht. Die Motive zum ersten Entwurf[1]) sagen, er enthalte sich in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht[2]) einer Vorschrift; es fehle an zureichenden Gründen, um zu Gunsten des durch den Erbschein geschützten Erwerbers weiter zu gehen, als zu Gunsten des als Eigentümer in das Grundbuch Eingetragenen,[3]) zumal der Erbschein immerhin ein positives Institut sei.

23) Vgl. oben § 56 Note 21, § 57.

1) Bd. 5 S. 572.

2) Diese Anführung ist völlig irrelevant, nachdem das Reichsrecht in so weitgehendem Masse von dem bisherigen Recht abgewichen ist.

3) Hierbei liegt ein offenbarer Gedankenfehler zu Grunde. Der falsus dominus

Einigermassen in Widerspruch mit dieser Deduktion steht schon der Satz der Motive: ein gegen den Scheinerben ergangenes Urteil werde daher, wie in den Fällen der §§ 837/8, **in der Regel** Geltung gegen den wirklichen Erben nicht beanspruchen können. Danach scheinen die Verfasser der Motive doch schon das Gefühl gehabt zu haben, dass es solche Fälle der Wirksamkeit geben müsse.[4]) Völlig bedeutungslos aber wird die Deduktion der Motive für die Auslegung des Gesetzes, wenn wir uns der früheren Darlegungen erinnern. Es wurde gezeigt, dass das Gesetz in dem dem I. Entwurf nicht bekannten § 1058 bezüglich des Prozesses des Niessbrauchers mit dem falsus dominus einen Rechtssatz ausspricht, der ein Prinzip enthält. Und dieses Prinzip lautet dahin: wer mit demjenigen, der fälschlich im Grundbuch als Eigentümer oder als ein sonstiger Berechtigter eingetragen ist, in dem Glauben an die Richtigkeit des Eintrags einen Prozess führt, erhält ein Urteil, welches gegenüber dem wahren Berechtigten wirksam ist.[5]) Nimmt man nun hinzu, dass den Einträgen in sonstige öffentliche Register eine gleiche Bedeutung zukommt, und dass das Gesetz auch sonst in wichtigen Fällen[6]) das Prinzip hat, dass der Verfügungsmacht des Nichtberechtigten die entsprechende Prozessführungsmacht korrespondiert, so ergibt schon[7]) die Analogie das Resultat, dass der mit einem Erbschein ausgerüstete Scheinerbe mit Wirksamkeit gegen den verus heres prozessiert, wenn und weil der Gegner den falsus heres für den wahren Erben gehalten hat und nach den Bestimmungen über den Erbschein dafür zu halten berechtigt war. Gewiss sind die Vorschriften, die wir hier analog anwenden, durchaus singulär gegenüber der Regel des § 325 I, aber auch singuläre Rechtssätze sind einer analogen Anwendung fähig.[8]) Diese ist dann zulässig und geboten, wenn die Verhältnisse wesensgleich sind. Das ist

---

wird nie geschützt, sondern der Schutz wird Dritten zu teil, die ihn für den Eigentümer hielten.

4) In der That führte der § 1195 des Entw. I schon mit Notwendigkeit zu solchen Ausnahmen. Ebenso auch § 1257 (= § 1344 BGB.) und § 1337 (= 1435 BGB.).

5) Vgl. oben § 60.

6) Vgl. oben §§ 57/9, 61/2.

7) Auf das in § 325 II CPO. liegende Argument wird hier wie in den vorhergehenden Erörterungen noch kein Gewicht gelegt. Aber es darf hier schon auf die in § 66 folgenden Ausführungen verwiesen werden.

8) Dass dies gerade in Beziehung auf die vorliegenden Fragen auch die Ansicht der Motive zu E. I (Bd. 3 S. 135) ist und dass dieselbe auch in der II. Kommission Vertreter fand, wurde oben § 59 Note 5 und S. 422 (III) hervorgehoben.

aber hier, wie unsere Ausführungen gezeigt haben dürften, sicherlich der Fall.

II. Sonach ist zu behaupten: wie man sich auf Grund des guten Glaubens bei jeder Verfügung des falsus heres sich darauf berufen kann, dass die Verfügung die ihr nach ihrem Inhalt zukommende Wirkung ebenso habe, als wenn der falsus heres das Recht zur freien Verfügung über die Erbschaftsrechte besessen hätte, so wirkt das Urteil, welches über das Bestehen [9]) oder den Umfang eines zur Erbschaft gehörigen Rechts oder über die Belastung oder Einschränkung eines solchen entscheidet, gegenüber dem wahren Erben zu Gunsten des Gutgläubigen geradeso Rechtskraft, als hätte der falsus heres das Recht gehabt, im eigenen Namen über die Erbschaftsrechte zu prozessieren. Gleichgültig ist, ob der falsus heres gegen den gutgläubigen Dritten geklagt hat, oder ob dieser der Kläger ist. [10])

Man vergegenwärtige sich auch die höchst eigentümlichen Resultate, zu welchen die entgegengesetzte Ansicht gelangen muss.

Hat der falsus heres dem Erbschaftsschuldner, der nicht weiss, dass der Erbschein falsch ist, angezeigt, dass er die Forderung dem X abgetreten habe, so prozessiert der Schuldner mit dem X so, dass die Prozesshandlungen des X und das gegen ihn ergehende Urteil Rechtskraft gegen den wahren Gläubiger (das ist der Erbe!) schafft (§ 409). Und die Prozessführung des falsus heres sollte gegenüber dem Erben bedeutungslos sein? Das, wozu er einen Anderen durch blosse Anzeige [11]) befähigen kann, sollte er nicht selbst vermögen?

Der falsus heres hat an einer beweglichen Sache oder an einem Grundstück einen Niessbrauch bestellt, er hat eine Nachlasssache zu Pfand gegeben. Hier ist gewisslich auch seine Prozessführung gegen den Erben als den Eigentümer der belasteten Sache massgebend (§§ 1058, 1248). Und er sollte nicht im Stande sein, einen Prozess über eine Ser-

---

9) Irrelevant für die Rechtskraftfrage ist es, ob der falsus heres das Bestehen des Rechts durch Klage (auf Feststellung oder Leistung) geltend gemacht hat oder ob der Gegner auf Feststellung des Nichtbestehens des nach der Behauptung des falsus heres ererbten Rechts geklagt hat oder ob der Gegner ein Recht geltend gemacht hat, dessen Bejahung die Verneinung eines gleichartigen Erbschaftsrechts enthält.

10) Dies entspricht dem Satz, dass auch einseitige Rechtsgeschäfte, die gegenüber dem Scheinerben vorgenommen werden, gegen den wahren Erben wirken. Vgl. oben § 63 Note 11 a. E.

11) Eine Abtretung braucht ja nach § 409 BGB. nicht stattgefunden zu haben!



vitut oder eine sonstige Belastung, welche nicht aus seiner Verfügung abgeleitet wird, mit Wirkung gegen den Erben zu führen?[12])

Völlig zutreffend ist es, wenn die Motive zum ersten Entwurf[13]) bemerken, die Thatsache der Auflösung der Ehe (durch Tod oder Scheidung) sei auf die Anwendbarkeit des § 1257 (= § 1344 BGB.) ohne Einfluss. Planck erläutert dies durch das Beispiel, dass der überlebende Ehegatte im Falle der Gültigkeit der (aufhebbaren) Ehe den verstorbenen Ehegatten beerbt haben würde; er lehrt, dass derjenige, der wegen Nichtigkeit der Ehe der wirkliche Erbe geworden ist, eine Veräusserung des überlebenden Ehegatten (als des vermeintlichen Erben) gegen sich gelten lassen muss. Ist dies aber richtig, so hat nach § 1344 dieselbe Wirkung auch die Prozessführung des vermeintlichen Erben (des überlebenden Ehegatten). Worauf beruht diese Wirkung? Auf dem (auf dem formell gültigen Eheschluss oder auf dem Eintrag in das Heiratsregister beruhenden) guten Glauben, den der Gegner in die Sachlegitimation des Scheinerben hat? Und der an das Bestehen des Erbrechts des Scheinerben gehegte gute Glaube, der auf der Ausstellung des Erbscheins beruht, sollte geringere Kraft haben? Er sollte keine Bedeutung für die Prozessführung besitzen?

Auch darauf darf noch aufmerksam gemacht werden, dass man wenn man dem legitimierten falsus heres nicht die Prozessführungsmacht zuspricht, sie auch nicht dem unrichtigerweise als Testamentsvollstrecker Bezeichneten und ebenso nicht dem überlebenden Ehegatten, der fälschlich als Inhaber des bei fortgesetzter Gütergemeinschaft bestehenden Verwaltungsrechts bezeichnet ist, zuschreiben darf. Denn die Stellung dieser fälschlich legitimierten Personen bestimmt sich durch entsprechende Anwendung der §§ 2366 ff.[14]) Wird man die Prozessführungsmacht dieser Personen leugnen wollen?

III. Das Gesetz verleiht dem Scheinerben nur die Macht der Ver-

---

12) Vielfach sieht man in dem Klagverzicht und der Klagerkennung ebenso eine materiellrechtliche Verfügung über den Anspruch, wie im Prozessvergleich. Wer dieser Ansicht ist, muss allen diesen Akten des falsus heres Wirkung beilegen, da er ja unbeschränkt verfügen kann. Und wenn er es zu einer Entscheidung auf Grund eines lebhaften Streites kommen lässt, sollte das, was er herbeigeführt hat, gegenüber dem Erben wirkungslos sein? (Nach der hier vertretenen Ansicht sind Verzicht und Anerkennung reine Prozesshandlungen.)

13) Bd. 4 S. 65, zustimmend Planck, Erl. 3 zu § 1344.

14) Vgl. unten S. 473 und S. 475.



fügung über die Erbschafts r e c h t e, er hat keine V e r t r e t u n g s macht für den verus heres. Alle anderen Rechtsgeschäfte, als die vorbezeichneten Verfügungen kann er deshalb nicht vornehmen. Deshalb versteht es sich von selbst, dass er auch andere Prozesse, als solche über Erbschaftsrechte, nicht mit Wirkung gegen den verus heres führen kann. Bedeutungslos sind deshalb einerseits alle Urteile über Nachlassverbindlichkeiten und anderseits alle Urteile über Klagen, welche darauf basieren, dass der durch Erbschein Legitimierte n i c h t der wahre Erbe sei.

In ersterer Beziehung darf noch auf zwei Punkte aufmerksam gemacht werden, deren Beantwortung völlig unabhängig davon ist, ob man die von mir aufgestellte Theorie billigt. Der erste betrifft die rechtskräftige Verurteilung eines gutgläubigen Nachlassschuldners zur Zahlung an den falsus heres. Auf diese kann er sich allemal berufen, da sie gleich der Erfüllung wirkt;[15]) er wird es um so mehr thun, als er die Widerspruchsklage (§ 767 CPO.) nicht darauf stützen kann, dass er nachträglich erfahren habe, dass der siegreiche Kläger nicht der Erbe, also auch nicht sein Gläubiger, sei. — Der andere Punkt betrifft die Verurteilung des Scheinerben zur Erfüllung einer Nachlassverbindlichkeit, die zu einer Verfügung über Nachlassgegenstände verpflichtet. Kraft der Fiktion der §§ 894, 897 wird die abzugebende Willenserklärung durch die Verurteilung und die geschuldete Herausgabe durch Gerichtsvollzieherakt (Wegnahme der Sache) ersetzt. Ein solcher staatlicher Zwangsakt wirkt geradeso, wie die Verfügung des Scheinerben. Der Gläubiger erwirbt also mit Wirkung gegen den Erben, wenn er zur Zeit des Eintritts des Erwerbs[16]) in Unkenntnis von der Unrichtigkeit des Erbscheins und der Zurückforderung (durch das Gericht) ist (CPO. § 898).

IV. Nach dem Ergebnis der bisherigen Untersuchungen halte ich es für sicher, dass das Urteil gegen den Erben Rechtskraft schafft, wenn der Gegner zur Zeit der letzten Thatsachenverhandlung im guten Glauben war. Nicht so sicher erscheint wieder die Beantwortung einer anderen Frage, welche sich von dem bezeichneten Standpunkt aus ergibt. Es ist die Frage, ob bereits der Prozessbeginn Wirkung gegen den Erben hat, wenn der Gegner bei Eintritt der Rechtshängigkeit im guten Glauben war.

15) Vgl. oben § 59 bei Note 29 f.

16) Über die massgebende Zeit vgl. näher § 63 II. 1. — Vgl. auch oben S. 232.

Meines Erachtens ist man genötigt, die aufgeworfene Frage zu bejahen. Wir gelangten zu der Wirksamkeit des Urteils durch analoge Anwendung der für analoge Fälle gegebenen Vorschriften. Enthalten diese nun, wie früher gezeigt wurde,[17]) das Prinzip, dass schon die Prozesshandlungen des Nichtberechtigten gegen den Berechtigten wirken, so wird man nicht umhin können, jenes Prinzip auch in unserem Fall anzuwenden. Der Prozessgegner gewinnt also durch die Klagerhebung das Recht auf Durchführung des Prozesses und es ist der Schade des Erben, wenn er nicht rechtzeitig sich als (streitgenössischer) Intervenient anschliesst oder den Prozess an Stelle des falsus heres übernimmt.[18])

V. Das Gesetz schreibt vor, dass der falsche Erbschein nur zu Gunsten des Gutgläubigen wirkt. Entsprechend wirkt auch die Ausdehnung der Rechtskraft des gegenüber dem falsus heres ergangenen Urteils immer nur zu Gunsten des Gegners. Dies bezieht sich

1. jedoch nur auf das Verhältnis des Gegners zum wahren Erben. Gegenüber dem falsus heres wirkt das Urteil nach den gewöhnlichen Grundsätzen und es ist keiner von den beiden Prozessparteien gestattet, eine gegen die Rechtskraft verstossende Rechtsbehauptung aufzustellen, die sich auf Thatsachen stützt, die in dem Prozesse hätten berücksichtigt werden können, falls sie rechtzeitig vorgebracht wären.

2. Jener Satz: das Urteil wirkt gegenüber dem wahren Erben nur zu Gunsten des Gegners, bedeutet ferner nicht etwa, dass dieser sich auf die günstigen Seiten des Urteils berufen, die ungünstigen aber ignorieren könnte. Vielmehr hat es nur den Sinn, dass er die Wahl hat, entweder sich auf die Prozessführung des Nichtberechtigten zu berufen oder aber sich auf den Boden der Wirklichkeit zu stellen und das Urteil zu ignorieren. Er wird natürlich die erste Alternative wählen, wenn ihm das Urteil günstig ist.

Hat der falsus heres die Feststellung eines Rechts erstritten, so steht es ihm natürlich frei, dieses Recht einem Anderen zu übertragen. Thut er dies, so kann der Gegner dem Rechtsnachfolger ebensowenig, wie dem Sieger selbst, den Einwand entgegensetzen, dass das übertragene Recht für den Sieger mit Unrecht festgestellt sei. So ist es also auch möglich, dass der wahre Erbe sich von dem falsus heres die für diesen

17) Vgl. oben S. 399 f. 421, 442 f.

18) Vgl. oben S. 380, 402.



rechtskräftig festgestellte Forderung auf die Leistung abtreten lässt und diese als Cessionar einzieht.[19]) Aber er muss sich dann gegenüber dem Schuldner in Beziehung auf das abgeurteilte Rechtsverhältnis durchweg als der Rechtsnachfolger des falsus heres behandeln lassen. Eine Abtretung der Rechtskraftwirkung als solche gibt es nicht, sondern nur eine Übertragung des festgestellten materiellen Rechts.[20]) Es ist dem wahren Erben nicht etwa gestattet, einerseits das Urteil insoweit zu benutzen, als es den objektiven Bestand des Rechts festgestellt hat, anderseits aber im Widerspruch mit dem Urteil zu behaupten, dass das Recht nicht dem falsus heres, sondern von jeher ihm selbst zugestanden habe.

Hat der Prozess mit dem falsus heres das Ergebnis gehabt, dass ein Angriff auf ihn rechtskräftig abgewiesen ist, so kann hier von einer Abtretung der Rechtskraft als solcher ebensowenig die Rede sein, als wie in den vorher besprochenen Fällen. Aber auch eine Abtretung des materiellen Rechts seitens des falsus heres kommt nicht in Frage, wenn der Urteilsinhalt darin besteht, dass dem Gegner ein Recht abgesprochen ist, so z. B. wenn entschieden ist: dem Gegner steht an dem zum Nachlass gehörigen Gegenstand eine Grundgerechtigkeit oder ein Pfandrecht nicht zu. Dem wahren Erben kann diese Entscheidung nicht zu statten kommen.

VI. Ist die Angabe der Anordnung eines Testamentsvollstreckers oder einer Nacherbfolge unterlassen, so ist die Wirkung des Erbscheins anderer Art, als in den bisher erteilten Fällen. In diesen erhält der

19) Er wird diesen Weg natürlich dann wählen, wenn er gemäss dem oben bei Note 15 bezeichneten Grundsatze die Leistung wegen der Verurteilung nicht einziehen kann. Vgl. § 816. Hat der verus heres Cession erlangt, so kann ihm der Gegner nicht etwa den Einwand machen, die Forderung habe nicht abgetreten werden können, da sie ja dem verus heres schon zugestanden habe. Tritt dieser als Cessionar auf, so erleidet er diesen Einwand ebensowenig, wie der Cedent.

20) Daraus, dass die Rechte, die der Erbschaftsbesitzer mit Erbschaftsmitteln erworben hat, dem Erben direkt zufallen, wird man nicht schliessen können, dass dem Erben ohne weiteres die Rechtskraft zu gute kommt. Das rechtskräftige Urteil ist massgebend mit dem Inhalt, den es wirklich hat, nicht so, wie es hätte sein müssen, wenn es mit der wirklichen Rechtslage übereinstimmen sollte. Hat der Erbschaftsbesitzer über ein Recht prozessiert, welches er begründete, das aber durch Surrogation in die Erbschaft fiel (§ 2019), so gelten die oben § 57 II, 2 (S. 403 f.) entwickelten Grundsätze. — War der Prozessführer der Erbe, hat er aber das abgeurteilte Recht durch erfolgreiche Anfechtung verloren, so kommt die Recktskraft dem an seine Stelle tretenden Erben direkt zu gute. Dies ist von dem hier (oben § 16 S. 122 f.) verteidigten Standpunkte aus direkt aus § 325 I CPO. abzuleiten.



falsus heres die Verfügungsmacht über fremdes Vermögen, in den jetzt zur Betrachtung stehenden Fällen aber ist der durch Erbschein Legitimierte der Berechtigte und Verpflichtete und die Unrichtigkeit des Erbscheins besteht darin, dass die Beschränkung, welche die aus der Rechtszuständigkeit folgende Verfügungsmacht des Erben erleidet, nicht angegeben ist. Demnach besteht hier die Folge der Unkenntnis der Unrichtigkeit des Scheins darin, dass gegen die Verfügung des Berechtigten aus der bestehenden Beschränkung seiner Verfügungsmacht keine Einwendungen abgeleitet werden können. Demnach entfallen:

1. beim Vorerben die Ausnahmen[21]) von der Regel, dass die Verfügung gegen den Nacherben wirksam ist, und diese Regel kommt ausnahmlos zur Anwendung, wenn der Erwerber ihn für einen unbeschränkten Erben halten durfte. Entsprechend erleidet die aus der Nachfolgereigenschaft des Nacherben resultierende Ausdehnung der Rechtskraft[22]) auf den Nacherben dann keine Ausnahme. Enthält der Erbschein die Angabe der Anordnung der Nacherbschaft, gibt er aber falsche Auskunft über den Umfang der dem Vorerben zustehenden Verfügungsmacht, so gelten die entsprechenden Grundsätze.

Dafür, dass der als Vorerbe bezeichnete Erbe noch Subjekt der Erbschaft ist, kann man sich nicht auf den Glauben an die Richtigkeit des Erbscheins berufen. Mit der Möglichkeit, dass der Nacherbfall inzwischen eingetreten ist, muss der Dritte eben gerade mit Rücksicht auf den Inhalt des Erbscheins rechnen.[23]) Die Wirkung der Unkenntnis ihres Eintritts ist besonders geregelt und zwar derart, dass hier das Kennenmüssen dem Kennen gleichsteht.[24])

---

21) Diese Ausnahmen können auch aus einem anderen Grunde entfallen, nämlich dann, wenn der Erwerber zwar weiss, dass der Veräusserer Vorerbe ist, wenn er aber nicht weiss und den Fällen des §§ 932/6 BGB. nicht wissen muss, dass das veräusserte Recht zur Erbschaft gehört (§ 2113 III). Die oben § 63, II, 1 betrachtete Konkurrenz der allgemeinen Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens und der besonderen erbrechtlichen Vorschriften kehrt hier wieder.

22) Vgl. darüber oben §§ 32/3, bes. S. 227, 236 f.

23) Für diesen Fall ist der von Hachenburg, Vortr. S. 284 aufgestellte Satz: „Der Schein gewährleistet nur das Vorhandensein der Erbenqualität zur Zeit der Ausstellung", richtig. In dieser Allgemeinheit aber ist er m. E. falsch. Denn er würde zu dem Resultat führen, dass der Dritte nicht geschützt ist, wenn er nichts davon weiss, dass der Erbe infolge einer Anfechtung aufgehört hat, Erbe zu sein.

24) § 2140 BGB. ordnet den Fall, dass der Vorerbe in Unkenntnis des Eintritts der Nacherbfolge handelt. Bezüglich der unverschuldeten Unkenntnis des Dritten ent-



2. Hat der Erblasser die Verwaltung des Nachlasses einem Testamentsvollstrecker übertragen, so ist die Prozessführung des Erben ebenso, wie seine Verfügung, in Ansehung des Nachlasses (§ 2211 II) unwirksam, solange der Testamentsvollstrecker das dem Erben entzogene Verwaltungsrecht ausübt. Ist aber in dem Erbschein die Anordnung der Testamentsvollstreckerschaft nicht enthalten oder bezüglich des Umfangs unrichtig bekundet, so wirkt die Entziehung oder Beschränkung des berechtigten Erben in Ansehung des Rechts zur Verfügung oder Prozessführung nicht gegenüber dem Dritten, der die Unrichtigkeit des Erbscheins oder seine Einforderung (durch das Gericht) nicht gekannt hat.

Dieser Satz ergibt sich aus den Schlussworten des § 2365 in Verbindung mit dem § 2366 f. und unseren früheren Ausführungen über die aus diesen Vorschriften zu folgernde Gleichstellung der Prozessführungsmacht und Verfügungsmacht. Auch hier[25]) kann aber die allgemeine Vorschrift des § 2211 II wieder von einem anderen Gesichtspunkt aus den Schutz des Dritten ergeben. Der § 2211 II setzt voraus, dass der Dritte in Unkenntnis[26]) davon war, dass das Recht, über welches der Erbe verfügt, zur Erbschaft gehört,[27]) eine Unkenntnis, welche der Natur der Sache nach nur dann vorliegen kann, wenn es sich nicht um Rechte handelt, die der Erbe nur ex persona defuncti ableiten kann.[28]) Infolge unrichtigen Erbscheines kann der Dritte aber geschützt sein, obwohl er weiss, dass das Recht, über welches verfügt oder prozessiert wird, zur Erbschaft gehört.

---

scheiden die allgemeinen Vorschriften der §§ 412, 3 verbunden mit § 407 und § 2140 Satz 2, aus welcher letzterer Vorschrift sich die Gleichstellung von Kennen und Kennenmüssen ergibt. Vgl. oben S. 224/25 und § 56 Note 20. S. auch schon l. 17 D. 2, 15.

25) Vgl. oben Note 21 und S. 411 Note 9.

26) Soweit das Kennenmüssen dem Kennen gleichsteht, gilt dies entsprechend auch hier (also wenn es sich um bewegliche Sachen handelt).

27) Auf die Unkenntnis der Anordnung der Testamentsvollstreckerschaft kann der Dritte sich nur berufen, wenn ein unrichtiger Erbschein ausgestellt ist. Wer weiss, dass es sich um Erbschaftsrechte handelt, geht also nur dann sicher, wenn er sich vergewissert hat, dass ein Erbschein existiert. Deshalb kann er von dem Erben, der eine Verfügung treffen will, die Vorlage verlangen.

28) Hat der Erbe über eine Mobilie verfügt, so kann dem Erwerber sehr leicht unbekannt sein, dass sie zur Erbschaft gehört. Den Gegensatz bildet z. B. die Verfügung oder Prozessführung über die Forderung aus einem von dem Erblasser gegebenen Darlehn, das von diesem begründete Urheberrecht u. s. w. Auf die Unkenntnis der im Grundbuch bekundeten Rechtsverhältnisse kann der Dritte sich nicht berufen.



§ 65.

γ) Der Glaube an eine falsche Todeserklärung, an ein falsches Testamentsvollstreckungszeugnis und an ein falsches Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft.

I. Hat jemand als der Erbe einer angeblich verstorbenen Person über die angeblich ererbten Rechte verfügt oder prozessiert, so ist dies unwirksam, wenn diese Person noch lebt oder wenn er nicht der richtige Erbe ist. Die Unwirksamkeit, die aus dem zuletzt bezeichneten Grunde entspringt, entfällt nur dann, wenn der Handelnde in einem Erbschein als der Erbe bezeichnet ist. Die Unwirksamkeit aber, welche daraus entspringt, dass der für tot Erklärte noch lebt, entfällt schon auf Grund der Todeserklärung, es sei denn, dass der Gegner ihre Unrichtigkeit oder ihre Aufhebung kennt.[1]) Während die Todeserklärung im allgemeinen nur die Vermutung des Todes begründet,[2]) steigert sich ihre Wirkung zur Kraft einer Fiktion zu Gunsten des gutgläubigen Dritten (§ 2370).

II. Entsprechende Anwendung finden die erörterten Grundsätze der §§ 2365/7, wenn ein Zeugnis über die Ernennung eines Testamentsvollstreckers ausgestellt ist und eine gültige Ernennung fehlt oder wenn ein Anderer der Ernannte ist[3]) oder wenn in dem Zeugnis unrichtige Angaben über den Umfang des ihm zustehenden Verwaltungsrechts enthalten sind. Zu Gunsten des gutgläubigen Dritten haben seine Rechtshandlungen diejenige Wirksamkeit, welche ihnen zukommen würde, wenn das Zeugnis richtig wäre.

Das Gesetz (§ 2368 III) spricht dies durch die Verweisung auf die §§ 2366/7 allerdings nur bezüglich der von dem angeblichen Testamentsvollstrecker getroffenen Verfügungen (über Nachlassrechte) aus. Dass aber das Zeugnis auch Wirkung bezüglich der Eingehung von Verbind-

---

1) Das der Anfechtungsklage stattgebende Urteil ist ein konstitutives. (Vgl § 976 III CPO. und dazu Anspr. u. Klagr. S. 502 Note 77.) Aber die Aufhebung wirkt hier nach § 2370, I nicht gegen den Unwissenden. Anders der § 1344 bezüglich des Ehenichtigkeitsurteils. Vgl. oben § 62, III, 1 (S. 454 Note 13).

2) BGB. § 18.

3) Man denke an den Fall, dass der Erblasser in einer zunächst unbekannt gebliebenen Verfügung die Person des Vollstreckers gewechselt hat.



lichkeiten haben soll,[4]) darauf weist § 2368 I Satz 2 direkt hin und es wird auch durch das praktische Bedürfnis ebenso unbedingt gefordert wie in dem Fall, dass das Amt des wirklich ernannten Testamentsvollstreckers erloschen ist.[5])

Dass der fälschlich durch das Zeugnis Legitimierte zu Gunsten des (beim Prozessbeginn) gutgläubigen Gegners auch die Macht zur Prozessführung erhält und dass diese gegen den Erben geradeso wirksam ist, als wenn das Zeugnis richtig wäre,[6]) ist auch hier nicht ausdrücklich gesagt. Aber es wäre meines Erachtens geradezu widersinnig, der Prozessführung die entsprechende Wirksamkeit (hier also auch bezüglich der Prozesse über Nachlassverbindlichkeiten) zu versagen.

Ist ein Testamentsvollstrecker ernannt, hat aber eine unrichtige Bezeichnung seiner Person stattgefunden, so ist die separatio bonorum (des Nachlasses gegenüber dem Erbenvermögen) vorhanden und es handelt sich, sofern man den Testamentsvollstrecker als Vertreter des Nachlasses betrachtet, lediglich um einen Irrtum über die Person des Vertretungsberechtigten. Das Zeugnis heilt also in Verbindung mit dem guten Glauben den Mangel der Vertretungsmacht.

Hat aber der Erblasser in einer unbekannt gebliebenen späteren Verfügung die Anordnung einer Testamentsvollstreckerschaft aufgehoben, ist jedoch trotzdem auf Grund der früheren Verfügung das Zeugnis ausgestellt oder ist die die Anordnung der Testamentsvollstreckerschaft enthaltende Verfügung nichtig oder mit Erfolg angefochten, so fehlt die separatio bonorum und es handelt sich keineswegs nur um einen Mangel der Vertretungsmacht. Ist das Urteil gegen den Erben wirksam, so bedeutet der § 2368, dass durch den guten Glauben der Mangel der Partei geheilt wird. Denn ein solcher Mangel war vorhanden, wenn das Urteil auf den Namen des Nachlasses als einer selbständigen

4) Dies nimmt auch Strohal S. 392 an.

5) Auf Grund der Erteilung des Zeugnisses kann der Dritte sich nicht unbedingt darauf verlassen, dass das Amt fortdauert. Hier entscheiden andere Gesichtspunkte, vgl. oben § 58, S. 412/3. Man wird aber aus dem § 2218 in Verbindung mit § 2368 den Schluss ziehen dürfen, dass zu Gunsten des Testamentsvollstreckers seine Handlungen, die er als Vertreter des Nachlasses vorgenommen hat, als wirksam gelten, wenn er das Zeugnis über seine Erkennung erhalten hat und die Unrichtigkeit nicht kannte. Der Testamentsvollstrecker handelt und prozessiert ja nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des Nachlasses; er ist insofern ein Dritter und bedarf des Schutzes ebenso wie solche, welche in Rechtsbeziehungen zu dem Nachlass treten.

6) CPO. § 327.



Vermögensmasse gestellt wurde, obwohl der Nachlass in dem Vermögen des Erben aufgegangen ist.[7])

III. Das Gesetz schreibt in § 1507 vor, dass dem überlebenden Ehegatten ein Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft zu erteilen ist und dass die Vorschriften über den Erbschein entsprechende Anwendung finden.

Diese Vorschrift harmoniert mit der oben S. 211f. dargelegten Ansicht über die Bedeutung, welche die Fortsetzung der Gütergemeinschaft hat.

1. Für den überlebenden Ehegatten findet keine Succession statt; überlebt der Ehemann, so behält er das Recht der Verwaltung des Gesammtguts, welches regulär mit dem Tode der Ehefrau erlischt; überlebt die Ehefrau, so entsteht für sie das Verwaltungsrecht des Inhaltes, wie es bisher dem Manne zustand.[8]) Was für den überlebenden Ehegatten bezeugt wird, ist nicht der Eintritt einer Rechtsnachfolge, sondern das mit der Fortsetzung der Gütergemeinschaft auf Grund des Ehevertrags[9]) gegebene Verwaltungsrecht.[10]) Wird jemand bezweifeln, dass der gute Glaube an die Existenz dieses Verwaltungsrechts nicht nur bezüglich der Verfügung über Gesammtgutsrechte und bezüglich der Eingehung von Gesammtgutsverbindlichkeiten, sondern auch bezüglich der Prozessführung[11]) wirkt?

2. In den dem verstorbenen Ehegatten zustehenden Anteil am Gesammtgut succedieren die gemeinschaftlichen Kinder. Ihre Nachfolge ist eine Universalsuccession, unterscheidet sich allerdings in wesentlichen Punkten von derjenigen Beerbung, welche nach den „allgemeinen Vorschriften" des 5. Buchs stattfindet.[12]) Hiernach erscheint es mir nicht zweifelhaft, dass in dem dem überlebenden Ehegatten zu erteilenden

7) Vgl. näher Anspr. u. Klagr. § 35 und oben S. 60 f.

8) S. oben S. 215.

9) Über seine Funktion als Erbvertrag s. oben S. 213.

10) Insofern trifft es zu, wenn in den Protokollen der II. Kommission (Bd. 5 S. 730) bemerkt wird: der Eintritt der fortges. GG. habe nicht die Bedeutung der Erbfolge, so dass die Erteilung eines Erbscheins an den überlebenden Ehegatten (an sich) nicht stattfinden könnte. — Die Analogie ist vielmehr die Erteilung eines Zeugnisses über die Testamentsvollstreckerschaft.

11) Vgl. § 1487 vbd. mit § 1443.

12) Vgl. oben S. 212. Mit Beziehung auf § 1509 wird in den Protokollen Bd. 5 S. 730 gesagt: In der Wirklichkeit sei das Verhältnis derart, als wenn eine Beerbung stattgefunden hätte. Bezüglich des überlebenden Ehegatten (s. Note 11) ist dies nicht richtig, bezüglich der succedierenden Kinder trifft es völlig zu.



Zeugnis die einzelnen Kinder als diejenigen bezeichnet werden können auf welche der Anteil des verstorbenen Ehegatten übergegangen ist. Die Zulässigkeit dieser Vervollständigung des Zeugnisses folgt, wenn ein Paragraph citiert werden muss, aus § 2357; sie wird durch das praktische Bedürfnis gefordert. Man denke nur an die Vorschriften, welche eine grundbuchmässige Verfügung über ein Grundstück von der Einwilligung der Kinder abhängig machen.[13]) Wie anders, als durch ein derart vervollständigtes Zeugnis soll der nach § 36 der Grundbuchordnung erforderliche Nachweis der jetzigen Eigentümer des gemeinschaftlichen Grundstückes erbracht werden, wenn diese gemäss § 48 in das Grundbuch einzutragen sind? Oder wird man etwa behaupten wollen, dass die Eintragung nicht zulässig sei, oder dass sie derart bewirkt werden könne oder müsse, dass als Eigentümer der überlebende Ehegatte und „die gemeinschaftlichen Kinder" (ohne Namensnennung) bezeichnet würden?

Wird von dem Nachlassgericht ein derartiges Zeugnis ausgestellt, so ist es ein Erbschein und die für diesen geltenden Grundsätze finden geradesogut Anwendung, wie auf die Erblegitimation, die bezüglich des Vorbehaltsgutes ausgestellt wird.

§ 66.

4. Rückblick auf die bisher erörterten Fälle der wirksamen Prozessführung des Nichtberechtigten. § 325 II CPO.

I. Regel ist, dass die Prozessführung des Nichtberechtigten, der sich fälschlich für den Berechtigten ausgegeben hat und von dem Gegner dafür gehalten wurde, weder für noch gegen den wirklichen Berechtigten Wirkung hat. Übersieht man aber alle die in den bisherigen Erörterungen im einzelnen betrachteten Fällen, so ergibt sich, dass diese Regel ausserordentlich zahlreiche Ausnahmen erleidet.

Diese Ausnahmen zerfallen in zwei Kategorien.

1. Die erste Gruppe bilden diejenigen Fälle, in welchen der Prozessgegner mit dem Nichtberechtigten trotz seiner Kenntnis der wahren Rechtslage deshalb mit Wirkung gegen den Berechtigten prozessiert, weil das Gesetz ihn aus Gründen, die in den einzelnen Fällen verschiedener

---

13) § 1487 vbd. mit § 1446.

Art sind, trotz seiner mangelnden Sachlegitimation als den richtigen Prozessgegner bezeichnet hat. Hierher gehört

a) die Bestimmung, dass die während des Prozesses eintretende Rechtsnachfolge, soweit sie nicht den Eintritt des Successors in das schwebende Prozessverhältnis bewirkt, auf dessen Abwickelung ohne Einfluss ist.[1]) Hier prozessiert die nicht mehr berechtigte oder verpflichtete oder nicht mehr allein[2]) berechtigte oder verpflichtete Partei über das nunmehr fremde Rechtsverhältnis. Der Grund der Bestimmung des § 265 CPO. ist die Rücksichtnahme auf das Interesse des Gegners der Partei, in deren Person die Rechtsnachfolge eintrat.

b) Nahe verwandt ist die Vorschrift, dass der mittelbare Besitzer, der gemäss §§ 76/7 CPO. den Prozess an Stelle des Unterbesitzers übernommen hat, den Prozess mit Wirkung gegen den letzteren, also auch über dessen Verpflichtungen weiterführt.[3]) Der Grund dieser Bestimmung ist die Rücksichtnahme auf die Interessen des Gegners, der ein auch gegen den Unterbesitzer wirksames Urteil erlangen muss, wenn er es sich gefallen zu lassen hat, dass der Unterbesitzer aus dem Streite ausscheidet.

c) Der Drittschuldner, dem mehrere Pfändungspfandgläubiger gegenüber stehen, prozessiert, wenn er von einem von ihnen belangt ist, mit Wirksamkeit gegen alle (also auch über deren Rechte), falls er sie zu dem Prozess beigeladen hat. Unterlässt er dies, so wirkt das den Gläubigern günstige Urteil trotzdem für alle.[4]) Jeder Pfändungspfandgläubiger hat also kraft Gesetzes das Recht, eine günstige Entscheidung mit Wirkung für alle herbeizuführen. Die ungünstige Entscheidung aber wirkt gegen die anderen nur, wenn sie es trotz Ladung unterlassen, sich an dem Prozess zu beteiligen.

d) Gegen den in öffentlichen Büchern als der Berechtigte Eingetragenen ist schlechthin die Klage zu richten

α) wenn es sich um die Klage auf Löschung eines Warenzeichens und die analogen Klagen des Urheberrechts handelt,[5])

β) wenn es sich um die Klage aus dem (nur gegen den Eigen-

1) Vgl. oben §§ 21/5.
2) Vgl. oben §§ 24, 25, III.
3) Vgl. oben § 10, nam. S. 76.
4) Vgl. oben § 11, dort Note 11. 22 über den Grund dieser Vorschrift.
5) Vgl. oben § 55, I.

tümer des Grundstücks begründeten) Anspruch aus einer Hypothek handelt.[6])

Der Grund beider Vorschriften hängt mit den Formalprinzipien zusammen, die in Beziehung auf die in Frage kommenden Register gelten.

e) Wer einem Dritten den Übergang eines Rechts anzeigt, muss diese Mitteilung auch in Ansehung einer Prozessführung des Bezeichneten gegen sich gelten lassen, obgleich ein Rechtsübergang nicht stattgefunden hatte.[7])

Der Grund dieser Vorschrift ist die Absicht, die Dritten zu schützen, die in der Regel nicht in der Lage sind, den Eintritt des Rechtsübergangs zu prüfen. Sie sollen vor den Gefahren behütet werden, denen sie ausgesetzt wären, wenn sie trotz der Mitteilung des bisherigen Berechtigten (oder desjenigen, den sie dafür halten durften)[8]) noch genötigt wären, auf eigene Gefahr die Richtigkeit der Anzeige zu kontrollieren.

2. Wie die Übersicht zeigt, liegt dieser Gruppe von Fällen ein einheitliches Prinzip nicht zu Grunde. Wohl aber ist ein solches zu erkennen in der zweiten Gruppe. In ihr sind wieder folgende Unterscheidungen zu machen.

a) Der Nichtberechtigte prozessiert mit Wirkung gegen den Berechtigten, wenn

α) dieser der Rechtsnachfolger des Prozessführers ist und der Gegner nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts befugt ist, an die Fortdauer des bisherigen Rechtszustandes zu glauben.[9])

β) Entsprechend wirkt zu Gunsten des Gegners der gute Glaube an die Fortdauer der Verfügungsmacht desjenigen, der sie bisher als der Berechtigte oder als der Inhaber eines gesetzlichen Verwaltungsrechts hatte. Ebenso kann der gute Glaube eines solchen Inhabers an die Fortdauer dieses Rechts seine Prozessführung zu seinen eigenen Gunsten wirksam machen.[10])

b) In einer grossen Zahl von anderen Fällen ist es teils im Gesetz direkt ausgesprochen, teils im Wege der Analogie aus den gegebenen Vorschriften zu folgern, dass der gute Glaube an das Vorhandensein (nicht

6) Vgl. oben § 55, II.
7) Vgl. oben § 55, III.
8) Vgl. oben S. 386 7.
9) BGB. 407, 412, 413, vgl. oben §§ 56,7.
10) Vgl. oben § 58.

nur: an die Fortdauer) der Prozessführungsmacht des Nichtberechtigten bewirkt, dass der Beginn und die Durchführung des Prozesses zu Gunsten des Gegners gegen den Berechtigten wirkt. Unter diesen Gesichtspunkt fällt

α) die Prozessführung des Besitzers einer beweglichen Sache, soweit es sich um Rechtsstreitigkeiten über solche Rechte an der Sache handelt, welche er mit Rücksicht auf den guten Glauben des anderen Teils mit Wirkung gegen den Berechtigten bestellen könnte, oder soweit es sich um Rechte handelt, die dem Eigentümer als solchem zustehen und über die der Besitzer frei verfügen kann;[11])

β) die Prozessführung desjenigen, der von dem Gegner mit Rücksicht auf den Glauben, den man auf öffentliche Bücher (Grundbuch, Handelsregister, Eheregister, Güterrechtsregister) und an die Gültigkeit einer formgerecht geschlossenen Ehe hegen darf, für den Berechtigten oder doch für den Inhaber eines gesetzlichen Verwaltungsrechts gehalten wurde.[12]) Im Wege der Analogie ist dem guten Glauben an die Richtigkeit eines Erbscheins, einer Todeserklärung und eines über das Bestehen eines Verwaltungsrechts (des Testamentsvollstreckers und des Ehegatten im Falle des § 1507) ausgestellten Zeugnisses in Ansehung der Prozessführung mit dem Nichtberechtigten die entsprechende Wirkung beizulegen, wie sie den Verfügungen desselben auf dem Gebiete des materiellen Rechts zukommt.[13])

II. In keinem dieser zur zweiten Gruppe (I, 2) gehörigen Fälle hat der Prozessführer das Recht, mit Wirkung gegen das wirkliche Subjekt des abgeurteilten Rechtsverhältnisses zu prozessieren. Er hat nur die Macht der Prozessführung mit Rücksicht auf den guten Glauben des Gegners,[14]) wie er materiellrechtlich nicht das Recht, sondern ebenfalls nur die Macht hat, über das fremde Rechtsverhältnis zu verfügen. Er ist nicht der legitimus actor oder condradictor, sondern er wird zu Gunsten des Gegners wie ein solcher behandelt. Der Grund, weshalb das Gesetz die Prozessführung und die materielle Verfügung analog behandelt, ist der Schutz des guten Glaubens. Deshalb hat der Prozess

11) Vgl. oben § 59.

12) Vgl. oben §§ 60—62.

13) Vgl. §§ 63—65.

14) In der folgenden Zusammenfassung werden zur Vereinfachung des Ausdruckes nur diese Fälle in das Auge gefasst. Für diejenigen Situationen, in denen Voraussetzung und Grund der gesetzlichen Bestimmung der Schutz des guten Glaubens des Prozessführers ist (vgl. I, 2 a, *β*) gilt das Entsprechende.



keine Wirkung gegen den Berechtigten, wenn der Gegner den Nichtberechtigten nicht in dem entscheidenden Zeitpunkt (bei dem Beginn des Prozesses) für den Berechtigten hielt. War aber der gute Glaube zu dieser Zeit vorhanden, so hat der Gegner das Recht, den Prozess als mit Wirkung gegen den wirklichen Berechtigten begonnen zu behandeln und durchzuführen. Dass der Nichtberechtigte nicht zur Sache legitimiert ist und sonach selbst kein Recht zur Prozessführung hat, zeigt sich ganz evident darin, dass ihm jeden Augenblick die Rüge des Mangels der Sachlegitimation entgegengesetzt werden kann.[15]) Darin liegt gerade der Unterschied gegenüber den unter I, 1 betrachteten Fällen, in denen das Gesetz dem Nichtberechtigten das Recht zur Prozessführung verleiht.

III. Ein kurzer Ausdruck für die zuvor (II) betrachteten Sätze ist es, wenn man sagt: die Rechtskraft des Urteils erweitert sich zu Gunsten der gutgläubigen Prozesspartei, wenn sie mit dem Nichtberechtigten unter solchen Voraussetzungen prozessiert, dass ein über den Prozessgegenstand geschlossenes Rechtsgeschäft wegen der dem Nichtberechtigten beigelegten freien Verfügungsmacht zu ihren Gunsten Wirkung gegen den Berechtigten haben würde. Oder noch kürzer: bei der Frage, ob die Rechtskraft sich auf die Parteien beschränkt oder sich über sie hinaus auf Dritte ersteckt, finden die Grundsätze des bürgerlichen Rechts zu Gunsten derjenigen, die Rechte vom Nichtberechtigten ableiten, entsprechende Anwendung.

Dies steht wörtlich so in § 325 Absatz 1 und 2. An anderem Orte [16]) habe ich bereits diese Auslegung vertreten und behauptet, dass eine Reihe von gesetzlichen Bestimmungen (die übrigens von mir nicht ganz

---

15) Dies übersieht Mendelssohn-Bartholdy S. 436 in seiner gegen mich gerichteten Bemerkung: „die Ausdehnung der Rechtskraft wäre zu begründen, nicht weil die Partei ihren Gegner für den legitimus hält, sondern im Gegenteil, weil dieser Gegner kraft Gesetzes legitimus contradictor ist". Der eigentliche Grund für die Ausdehnung ist natürlich hier wie in allen anderen Erstreckungsfällen (vgl. oben § 17) die Vorschrift des Gesetzes. Es handelt sich — wenigstens von dem hier verteidigten Standpunkte aus — nur um die Frage, was de lege ferenda der Grund und de lege lata die Voraussetzung der Erstreckung ist.

16) D. Jur. Ztg. 1899 Nr. 23 S. 473 ff., Anspr. u. Klagr. S. 256. — Ich darf bei dieser Gelegenheit konstatieren, dass der Zweck jener kurzen Mitteilung nur der war, mir das Eigentum des Gedankens zu sichern, der sich mir bei der Betrachtung einer Reihe von Einzelbestimmungen aufdrängte. Eine ausführlichere Rechtfertigung, wie sie hier zu geben versucht ist, war selbstverständlich vorbehalten.



erschöpfend aufgezählt wurden) nur eine Anwendung und Bestätigung dieses Grundsatzes enthalten. In dieser Arbeit habe ich die umgekehrte induktive Methode befolgt und zu zeigen versucht, dass die grosse Zahl der in den einzelnen Gesetzen enthaltenen Vorschriften Sätze aufweisen, welche sich in der Weise des § 325 I, II als Prinzip formulieren lassen. Diese Auffassung, welche Kleinfeller[17]) als „weitgehend" bezeichnet hat, hat bisher nur entschiedenen Widerspruch gefunden. Gaupp-Stein (zu Note 11 zu § 325) zieht lediglich die §§ 407, 408, 413 BGB. und § 372 HGB. in den Kreis seiner Betrachtung, ohne die übrigen von mir a. a. O. bereits citierten §§ 409, 1344, 1431, 1435 BGB. und § 15 HGB. der Erwähnung zu würdigen. Er betrachtet jene Paragraphen unter dem engen Gesichtspunkt, dass ausnahmsweise aus Billigkeitserwägungen das Urteil gegen den Rechtsnachfolger auch dann wirkt, wenn die Rechtsnachfolge vor dem Urteil stattgefunden hat.[18]) Bei dieser Beschränkung der Betrachtungsweise[19]) ist es allerdings erklärlich, dass Stein das neue Prinzip des Reichsrechts nicht zu erkennen vermocht hat und zur Widerlegung meiner Auffassung anführt, in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes sei nirgends die Rede von der von mir verteidigten Ausdehnung der Rechtskraft. Allerdings haben die Korrektoren der CPO., wie zugegeben werden darf, bei der Fassung des § 325 II kein Bewusstsein davon gehabt, was in den Worten dieser Vorschrift zum Ausdruck gelangte. Aber man braucht nur die Materialien zu den speziell geregelten Anwendungsfällen durchzulesen, um sich zu überzeugen, dass allerdings schon die Motive zum ersten Entwurf sich wohl bewusst waren, dass in einzelnen Vorschriften „ein höheres Prinzip enthalten" sei und dass sich aus allgemeinen Grundsätzen und aus diesem Prinzip „das Richtige (bezüglich anderer Fälle) werde ableiten lassen".[20])

Die Einwendungen von Stein treffen hiernach meine Hauptargumente

---

17) Zeitschr. f. C. Bd. 27 S. 445.

18) Den Fall des § 372 HGB. bezeichnet er als den in §§ 407, 408, 413 BGB. behandelten Fällen nahe verwandt.

19) Sie ist auch in dieser Beschränkung keineswegs geeignet, die Erkenntnis der wahren Natur der Fälle der §§ 407, 413 in ihrem Verhältnis zu der Succession nach dem Prozessbeginn zu fördern. Bei der letzteren ist der Grund der Erstreckung der Rechtskraft der, dass der Berechtigte prozessierte, in den ersteren Fällen aber der gute Glaube an die fortdauernde Berechtigung des nicht mehr Berechtigten. Die Fälle sind von Grund aus verschieden in dem vorausgesetzten Thatbestand, in der ratio legis und in dem Inhalt der Vorschriften.

20) Motive Bd. 3 S. 135, vgl. oben S. 416, 422.

in keiner Weise. Sie kehren sich in der Hauptsache gegen meinen Versuch, bereits in § 325 das von mir verteidigte Prinzip ausgesprochen zu finden. Auch wenn man diesen Versuch als missglückt betrachtet, weil die Korrektoren nur beabsichtigt hätten, in dem Absatz 2 des § 325 einen Ersatz für § 238 a. F. zu schaffen, würde alles das, was in den vorhergehenden Paragraphen an Argumenten beigebracht wurde, bestehen bleiben, um meine Auffassung genügend zu begründen. Aber ich bleibe trotz der Einwendungen von Stein, die von Mendelssohn-Bartholdy (S. 434/5) weiter ausgeführt sind, dabei, dass der Absatz 2 den prägnanten Ausdruck des von mir gelehrten Prinzips enthalte.

Stein (Bem. IV zu § 325) meint, meine Auslegung verkehre den Zweck des Gesetzes, dessen Absatz 2 gerade dazu bestimmt sei, die Rechtskraft für Dritte einzuschränken, ihr engere Grenzen als Absatz 1 zu ziehen, in sein gerades Gegenteil.[21]) Mendelssohn-Bartholdy (S. 434) fragt erstaunt, wie es möglich sei, einen Satz, der zu Gunsten eines gutgläubigen Dritten die Rechtskraftwirkung auf denselben ausschliesst,[22]) durch ausdehnende(!) Auslegung dahin zu bringen, dass er besagt: zu Gunsten einer gutgläubigen Partei solle die Rechtskraftwirkung auf Dritte ausgedehnt werden? „Das ist ein völliges aliud; der § 325 II kann nicht in einem Atem die Rechtskraft beschränken und ausdehnen wollen."

21) Das ist ein schwerer Vorwurf. Ich muss erwidern, dass Stein, der nicht einmal das von mir bereits früher beigebrachte Material gewürdigt hat, offenbar nicht in der Lage war, die Bedeutung der Frage völlig zu übersehen. Dazu bedarf es der Heranziehung einer grossen Zahl von Bestimmungen der Reichsgesetze, die, wie bei Note 18 gezeigt wurde, bei Stein zu vermissen ist.

22) Merkwürdig ist, dass M. hierbei vergessen hat, dass er auf S. 431 lehrt, es sei irreführend, zu sagen, der § 325 II enthalte eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 325 Abs. 1 (zweite Hälfte). Das ist ganz richtig. Es wurde oben (§§ 27/9) gezeigt, dass § 325 II keineswegs die Rechtskraft auf den Nachfolger ausschliesst; sondern die Vorschriften des bürgerlichen Rechts bewirken, dass die Rechtskraftwirkung dem Erwerber unter Umständen unschädlich ist (S. 198 ff.). Die wahre positive Bedeutung des § 325 II hat M. nicht erkannt, vgl. oben S. 195/6. Merkwürdig ist bei M. ein weiterer Satz, der die ratio legis des § 325 beschreiben soll. Er findet in ihm den Gedanken verwertet, dass heutzutage ein Urteil, welches das Nichtrecht des Veräusserers rechtskräftig ausspricht, dem Erwerber ebensowenig bekannt zu sein braucht, als ein thatsächlicher, aber nicht durch Urteil festgestellter Mangel im Rechte des Autors. Ich muss gestehen, dass ich diesen Gegensatz nicht verstehe. Nach M. schafft das Urteil Recht (bezw. Nichtrecht). Ist nun der Veräusserer von vornherein nicht der Berechtigte gewesen, so müsste doch die Rechtslage identisch sein (wenigstens gegenüber dem Erwerber). Aber nun kommt der Begriff des thatsächlichen Mangels im Rechte. Kann man den Mangel des Eigentums als einen solchen bezeichnen?



Mendelssohn-Bartholdy wiederholt hiermit den von Stein gemachten Vorwurf einer völlig verkehrten und sinnlosen Interpretation. Das ist bei ihm im höchsten Masse auffallend. Denn im Gegensatz zu Stein hat er meinen (sogleich noch näher darzulegenden) Gedankengang verstanden. Es ist um so verwunderlicher, als er nach den citierten Worten alsbald fortfährt, es sei zuzugeben, dass meine Ansicht mit dem Wortlaut des § 325 nicht unvereinbar sei.[23])

Wie ich bereits in dem citierten Aufsatz kurz dargelegt habe, enthält der § 325 I **zwei** Rechtssätze. Er formuliert:

1. die althergebrachte Regel, dass die Rechtskraft sich auf die Parteien beschränkt, und
2. die Ausnahme, dass sie sich erstreckt auf die Rechtsnachfolger, die es nach dem Prozessbeginn geworden sind.[24])

Das sind zwei ganz verschiedene Vorschriften, deren Verbindung in einem Satz bedauerlich ist.

Würde man nun einen Augenblick zweifeln, was es bedeuten würde, wenn das Gesetz gesondert aufgestellt hätte:

1. die Regel: die Rechtskraft erstreckt sich nur auf die Parteien, nicht aber auf Dritte

und wenn zu diesem Satze hinzugefügt wäre:

2. die Grundsätze über den Erwerb vom Nichtberechtigten finden entsprechende Anwendung?

Was bedeuten denn diese letzteren Vorschriften? Doch nichts anderes, als dass der Nichtberechtigte unter gewissen Voraussetzungen (Glaube an das dem Besitz entsprechende Eigentum, an die Richtigkeit des Grundbuchs, an den Bestand der Ehe, an die Richtigkeit eines Erbscheins u. s. w.) mit Wirkung gegen den Berechtigten über dessen Recht verfügen kann. Soll dies auf die Prozessführung **entsprechend** angewendet werden, so würde man auch bei dem grössten Widerstreben nicht umhin können, zuzugeben, dass die Vorschrift, dass unter jenen Voraussetzungen der Nichtberechtigte als der Berechtigte fingiert wird, auch in Ansehung

23) In vermehrtem Masse gilt das in Note 21 Gesagte von der Schrift von M. Er geht auf keine einzige der Vorschriften, welche Anwendungen des Prinzips des § 325 II enthalten, auch nur mit einem Worte ein.

24) Es wurde bereits oben S. 162/4 dargelegt, dass auch dieser Satz wieder zwei Vorschriften enthält, die von einander scharf geschieden werden müssen.



der Prozessführung gilt. Was dies aber zu bedeuten hätte, kann doch für niemanden zweifelhaft sein!

Alles, was ich behaupte, ist nun das, dass der Absatz 2 sich auf den **ganzen** Inhalt des Absatz 1 bezieht, nicht nur auf die Ausnahme, welche der Absatz 1 von der zunächst ausgesprochenen Regel macht.[25] Ich meine: wer diesen beschränkten Sinn des Absatz 2 behauptet, habe die Beweislast, nicht aber derjenige, der das Gesetz so liest, wie es gefasst ist und es nicht nur mit dem, was die Denkschrift sagt, sondern im lebendigen Zusammenhang aller seiner Teile interpretiert. Wen freilich die Äusserung der Denkschrift,[26] der Absatz 2 des § 325 ersetze die Vorschrift des § 238 a. F., verhindert, das Gesetz so zu verstehen, wie es lautet, wen eine solche Äusserung zwingt, das Gesetz nur durch die Brille des Verfassers der Motive zu lesen und die Frage durch solchen Stand der Materialien als abgethan zu betrachten: mit solchen Interpreten ist es schwer über die Frage zu streiten.[27]

Das Ergebnis, zu dem ich gelange, ist hiernach keineswegs, dass das Gesetz etwas bestimmt und in demselben Atem das Gegenteil sagt. Vielmehr interpretiere ich nur so, dass ich den Abs. 2 auf die beiden Sätze des Abs. 1 beziehe. Da diese verschiedenen Sinn haben, so ergibt auch die entsprechende Anwendung der Grundsätze über den Erwerb vom Nichtberechtigten ein verschiedenes Resultat. Der die Rechtskraft einschränkende Satz des Abs. 1 erfährt eine Erweiterung, der sie auf die Nachfolger erweiternde Teil des Abs. 1 aber nach der herrschenden Auffassung eine Einschränkung.

25) Entschiedene Verwahrung muss ich dagegen einlegen, wenn Mendelssohn-Bartholdy diese Interpretation als „ausdehnende Auslegung" bezeichnet. Von einer solchen ist in meinem Aufsatz mit keinem Worte die Rede gewesen. Was ich im Texte gesagt habe, steht, in wenige Worte zusammengedrängt, bereits in dem citierten Aufsatz. Der Unsinn, der mir imputiert wird („in einem Atem die Rechtskraft ausdehnen und beschränken"), ist von mir nicht gemacht.

26) Zu § 293 c CPO.

27) Dass in dem Gesetze mehr steht, als die Verfasser des Textes oder der ihn begleitenden Motive gedacht haben, ist eine nicht selten zu findende Erscheinung. M. E. ist es die Aufgabe der freien Wissenschaft, den Inhalt des Gesetzes, unbekümmert um solche Äusserungen, deren Wert diesseits in keiner Weise verkannt, aber auch nicht überschätzt wird, zu ermitteln. Die Jurisprudenz wird zu einer Sklavin entwürdigt, wenn man ihr die Fesseln des Motivenkultus anlegt. — Eine interessante Analogie bietet der § 259 CPO. Auch durch ihn ist, ohne dass die Verfasser von Text und Motiven eine Ahnung davon hatten, generell ausgesprochen, was in dem BGB. in einzelnen Paragraphen (§§ 12, 550, 862 II, 1004 I, 2, 1137) für einzelne Fälle statuiert war. Vgl. Anspr. u. Klagr. § 54 bes. S. 393 ff.

Der zweite Teil des Abs. 1 bezieht sich nur auf die Rechtsnachfolger, die es **nach** der Rechtshängigkeit geworden sind; der Abs. 2 trifft nur eine Bestimmung bezüglich der Rechtskraft[28]) und hat die Bedeutung, dass die Rechtskraft im Gegensatz der Bestimmung des Abs. 1 demjenigen nicht schadet, der zwar nach der Rechtshängigkeit, aber in Unkenntnis derselben erworben hat und das Privilegium besitzt, dass er von der Rechtsstellung des Veräusserers unabhängig ist.[29])

Der erste Satz des Abs. 1 bezieht sich auch in seiner Negation der Rechtskraft auf die Rechtsnachfolger, die es **vor** der Rechtshängigkeit geworden sind; nicht minder aber auch auf sonstige dritte Personen,[30]) wie z. B. auf den Ehegatten, der in einer später für nichtig erklärten Ehe lebt (§ 1344), auf den Ehegatten, der in einem anderen Güterrecht lebt, als der Gegner anzunehmen berechtigt war (§§ 1431, 1435), auf den wirklichen Eigentümer im Gegensatz zu dem eingetragenen falsus dominus (§§ 1058, 1248), auf den wirklichen Erben im Gegensatz zu dem durch den Erbschein legitimierten Erbschaftsprätendenten (§§ 2366/7) u. s. w.

Wenn ich nun behaupte, dass der § 325 II bezüglich solcher Personen die Bestimmung enthalte, dass der Nichtberechtigte zu Gunsten des gutgläubigen Gegners als der Berechtigte fingiert werde, dass letzterem also die Prozessführung des Nichtberechtigten entgegenstehe, so wird man wohl zugeben müssen, dass ich nicht die unsinnige Interpretation vertreten habe, dass das Gesetz in einem Atem sich selbst widerspreche. Der Abs. 2 kommt allerdings auch bezüglich der Rechtsnachfolger in Betracht, aber nur bezüglich derjenigen, die es vor dem Prozessbeginn geworden sind. Und ausser diesen dritten Personen kommen in der Gruppe derjenigen Personen, die nach der Regel des Abs. 1 des § 325 von der Rechtskraft nicht betroffen werden, noch sehr viele andere in Betracht, die gegenüber dem verfügenden oder prozessierenden Nichtberechtigten keineswegs in dem Verhältnis des Rechtsnachfolgers stehen.

---

28) Die Rechtshängigkeitsfolgen in Ansehung der Frage, ob der Successor berechtigt oder verpflichtet ist, den Prozess fortzusetzen, regeln die §§ 265/6, vgl. oben § 21 f., bes. S. 163.

29) Vgl. oben §§ 27/8, wo (S. 196) nachgewiesen wurde, dass das, was § 325 II bestimmt hat, in § 238 a. F. nicht enthalten war.

30) Hätte Mendelssohn-Bartholdy die von mir schon in m. Aufs. der Jur. Ztg. citierten §§ 1344, 1431, 1435 nachgelesen, so würde er (S. 434) mir nicht imputiert haben, dass ich, „wie alle Anderen, von dem nächstliegenden Fall ausgehe, für den der Abs. 2 des § 325 Recht gibt: dem Fall des gutgläubigen Erwerbers".



Bei dem Eigentümer, dem Erben, dem Ehegatten, gegen welche die Prozessführung des Nichtberechtigten wirksam ist, ist von einem derartigen Successionsverhältnis keine Rede. Noch weniger ist hiervon die Rede, wenn es sich darum handelt, dass der Wegfall eines bisher bestandenen Verwaltungsrechts eingetreten ist, wenn aber trotzdem der Prozessführung seines bisherigen Inhabers die Wirkung beigelegt wird, als sei das Verwaltungsrecht nicht erloschen.

IV. Hat ein Nichtberechtigter, der das Recht hat, über fremde Rechtsverhältnisse im eigenen Namen zu prozessieren, den Rechtsstreit geführt, so trifft die Urteilswirkung den Berechtigten (das Subjekt des abgeurteilten Rechtsverhältnisses) in vollem Masse. Im Verlauf dieser Arbeit war mehrfach Gelegenheit, zu betonen, dass in solchen Fällen die Rechtskraft auch dann für und gegen den Dritten eintritt, wenn das Gesetz nur von der Wirkung gegen ihn spricht.[30a])

Anders ist es in den hier zur Erörterung stehenden Fällen. Fehlte dem Prozessführer als dem Nichtberechtigten die Sachlegitimation, so kann daraus zwar in dem Verhältnis der beiden Prozessparteien kein Einwand abgeleitet werden, um die Wirkung des rechtskräftigen Urteils zu erschüttern. Aber gegenüber dem wahren Berechtigten ist es nach aller Regel bedeutungslos: es nützt ihm nichts und schadet ihm nichts. Diese Regel erleidet, wie in allen speziell geregelten Fällen gesagt ist, nur „zu Gunsten“ des Gutgläubigen eine Ausnahme; ihm kann „keine Einwendung gegen das Urteil entgegengestellt werden“ (§§ 1344, 1435). Die Voraussetzung für die Anwendung unseres Ausnahmeprinzips ist, dass die Prozesspartei sich gegenüber dem Dritten Berechtigten auf das Urteil und auf die Voraussetzungen beruft, von denen die Ausdehnung der Rechtskraft auf den Dritten abhängt.[31]) Er muss die Thatsachen anführen und im Bestreitungsfall nachweisen, welche seinen Glauben zu einem guten machen, so also z. B. die Eintragung des falsus dominus im Grundbuch, die Erteilung des Erbscheins, die Todeserklärung, die Eintragung im Güterrechtsregister bezw. den Mangel der erforderlichen Eintragung. Nicht aber kann der Berechtigte den Spiess umdrehen und anführen, dass der Nichtberechtigte mit Wirkung für

30a) Vgl. § 76 CPO. (oben § 10), § 236 III a. F., § 9 IV Warenzeichengesetz (oben § 55 I).

31) Dass der Gutgläubige, wenn er sich auf das Urteil beruft, es im vollen Umfange gelten lassen muss, wurde schon mehrfach betont.



ihn (den Berechtigten) deshalb prozessiert habe, weil der Gegner berechtigt gewesen sei, den Nichtberechtigten für den zur Sache Legitimierten zu halten.

Hieraus ergibt sich, dass die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten ableiten, prozessual in der That nur zu Gunsten der Nichtberechtigten wirken.[32]) Zugleich folgt daraus, dass die Anwendbarkeit der betr. Vorschriften die Berufung des Gutgläubigen auf das Urteil voraussetzt, auch das weitere, dass die Rechtskraft in diesen Fällen[33]) nicht von Amts wegen zu beachten ist.

Dies steht auch in Übereinstimmung mit dem Masse der Macht, welche das Reichsrecht in civilistischer Beziehung dem Nichtberechtigten mit Rücksicht auf den guten Glauben des anderen Teils verleiht. Das bürgerliche Recht statuiert nur den Satz, dass die Rechte des wirklichen Berechtigten durch den Nichtberechtigten aufgegeben oder gemindert werden können, wenn der andere Teil im guten Glauben an die dem scheinbar Berechtigten zustehende Verfügungsmacht gewesen ist. Rechte für einen Anderen erwerben kann man nur, indem man in dessen Namen handelt und Vertretungsmacht hat oder Genehmigung erhält. Es gibt einen Rechtsverlust durch die Verfügung des Nichtberechtigten, aber es gibt keine korrespondierende Rechtssätze über den Rechtserwerb. Dies gilt sogar auch bei der Zustimmung, die, wie früher (§ 13) betont wurde, eine analoge Wirkung wie der gute Glaube hat. Ich kann die Verfügung, die der Nichtberechtigte in eigenem Namen über mein Recht trifft, dadurch wirksam machen, dass ich die Verfügung mit meiner Einwilligung vornehmen lasse oder sie nachträglich genehmige. Hat

32) Übereinstimmend Gaupp-Stein zu Note 11 zu § 325. Im einzelnen wurde dies bereits bei Besprechung der einzelnen Vorschriften dargelegt, vgl. namentlich § 57 II, 2, § 61 B II, 4, § 64 IV. — Aus dem Gesagten folgt zugleich, dass die Einwendungen, die Mendelssohn-Bartholdy S. 435/6 aus der relativen Wirkung des Urteils gegen meine Theorie entnimmt, nicht stichhaltig sind. Nicht richtig ist es, wenn M. meint, dass ich eine partielle Rechtskraft des der irrenden Partei günstigen Urteils verteidige. Allerdings wird diese von dem Rechte, sich auf das Urteil zu berufen, thatsächlich natürlich nur dann Gebrauch machen, wenn sie das Urteil als günstig betrachtet. — Interessant ist der Bericht von M. über den mir nicht bekannten Standpunkt von manchen französischen Schriftstellern, welche die Ansicht verteidigen, dass gerade umgekehrt der Berechtigte sich das Resultat der Prozessführung des Nichtberechtigten aneignen kann. (Das käme darauf hinaus, dass der Nichtberechtigte wie ein vollmachtsloser Vertreter behandelt würde, dessen Thätigkeit der Geschäftsherr genehmigen könnte.) Nach deutschem Recht kann hiervon nicht die Rede sein.

33) Also abweichend von der Regel, vgl. oben S. 11.



aber jemand im eigenen Namen für meine Rechnung erworben, so ist es für mein Verhältnis zu dem Dritten in dieser Beziehung ganz gleichgültig, ob der Kontrahent von mir autorisiert war oder nicht. Sogar in dem ersten Fall ist zwar die Verfügung, die er über mein Recht zwecks des Erwerbs trifft, sofort gegen mich wirksam,[34]) aber den Erwerb macht er allemal für sich und ich kann in Beziehung zu dem von ihm erlangten Recht nur dadurch treten, dass es von ihm auf mich übertragen wird.[35])

5. Die Zustimmung als Grund für die Ausdehnung der Wirkung der Prozessführung.

§ 67.

a) Das gemeine Recht (l. 63 D. 42, 1).

I. Die verteidigte Erstreckung der Rechtskraft des Urteils, welches gegenüber dem Nichtberechtigten ergangen ist, gegen den Berechtigten, macht auf den ersten Blick einen überraschenden Eindruck. Sieht man aber genauer zu, so zeigt es sich, dass die grossen Lehrmeister des Rechts die Erscheinung, mit welcher wir uns beschäftigen, bereits gekannt und mit der unfehlbaren Sicherheit, mit der die römischen Juristen die dem praktischen Bedürfnisse und der Rechtsvernunft entsprechende Beurteilung zu finden wussten, entschieden haben. Schon das römische Recht kennt die Wirkung der Prozessführung des Nichtberechtigten gegen den Berechtigten. Nur sind die Gründe, welche zu der Erstreckung der Rechtskraft führen konnten, viel weniger zahlreich.

1. Das römische Recht kennt den Schutz des guten Glaubens nur in sehr geringem Masse. In der Lehre von der Cession der Forderungsrechte aber ist er schon im römischen Recht enthalten. Der Schuldner bekommt nach der richtigen Ansicht bereits durch die sich ohne sein Wissen vollziehende Abtretung einen neuen Gläubiger, aber bis zur Denunziation behält der bisherige Gläubiger trotzdem die Macht, so als

34) Beispiel: Der Kommissionär überträgt das Eigentum des Kommittenten am Kommissionsgut, die Kaufgeldforderung steht aber dem Kommissionär zu, HGB. § 392. Vgl. oben S. 393 Note 11.

35) Die aus diesem Gesichtspunkt sich ergebenden Konsequenzen wurden im einzelnen bereits dargelegt, vgl. oben § 57 S. 403 f., § 61 S. 449 f., § 64 S. 469 f.

der Gläubiger aufzutreten, dass seine Handlung zu Gunsten des debitor ignorans gegen den Cessionar Wirkung hat. Dass dies nicht nur für materielle Rechtsgeschäfte, sondern auch bezüglich der Prozessführung gilt, dürfte sicher sein.[1])

2. In demselben Umfang wie nach dem Reichsrecht, ist die materielle Verfügung des Nichtberechtigten wirksam, wenn sie mit Zustimmung des Berechtigten vorgenommen ist. Die hieraus sich für die Prozessführung des Nichtberechtigten ergebende Konsequenz hat bereits das römische Recht in vollem Umfange gezogen. Massgebend ist besonders die berühmte l. 63 D. 42, 1. Dies soll im folgenden nachgewiesen werden, um hiermit die Grundlage für die Beurteilung des Reichsrechts zu gewinnen.

II. Der Thatbestand, den die l. 63 D. 42, 1 voraussetzt, ist, wenn wir zunächst von den in ihr erwähnten creditor und debitor absehen, ein sehr einfacher: der Ehemann, der eine Sache in dotem erhalten hat, lässt den Besteller, oder der Käufer, dem die gekaufte Sache tradiert wurde und der sie besitzt, lässt den Verkäufer (als Kläger oder als Beklagten) einen Prozess de proprietate führen. Ebenso unzweideutig ist die Entscheidung: das ergehende Urteil schadet (nocet, obest) auch dem Rechtsnachfolger.[2]) Es wird also vorausgesetzt, dass der Auktor in dem Vindikationsstreit unterlegen ist. Der Grund, weshalb die Rechtskraft dem Nachfolger schadet, liegt in dem Dulden der fremden Prozessführung, welche er hätte hindern können.

1. Zur richtigen Würdigung der Stelle ist es erforderlich, an folgendes zu erinnern. Zweifellos steht die rei vindicatio nur dem gegenwärtigen Eigentümer zu; derjenige, der die Sache früher besass, sie aber einem Anderen übereignet hat, ist auf keinen Fall (auch dann nicht, wenn er es früher war) mehr der Eigentümer; ihm fehlt die Sach-

1) Die c. 3 C. de novat. 8, 41 sagt, dass bis zur Denunziation der bisherige Gläubiger non vetatur, exigere a debitore debitam quantitatem. Aber auch wenn man die Stelle mit Bähr (Jahrb. f. Dogm. I S. 379) als interpoliert betrachtet und in ihrem ursprünglichen Zustand nur von der actio mandata versteht, halte ich es für sicher, dass die Klagerhebung des Cedenten gegen den Cessionar wirkt (also dessen eigener Klage entgegensteht, solange der Prozess des Cedenten schwebt) und den Cessionar an den Ausgang des Prozesses bindet. S. l. 17 D. 2, 15. Vgl. auch Dernburg, Pand. 6. Aufl. II § 48 nach Note 7.

2) Dass in dem Satze: sententia aliis quibusdam etiam scientibus nocet das etiam auf die alii quidam zu beziehen ist, hat nach dem Vorgang von Donellus schon Binder, Grenzen S 26 richtig betont.



legitimation und die Aufdeckung der stattgehabten Veräusserung würde alsbald die Zurückweisung seiner Klage zur Folge haben. Eine aus diesem Grunde erfolgende Zurückweisung hat aber die l. 63 ganz offenbar nicht im Sinne, vielmehr wird, wie Binding [3]) zutreffend hervorgehoben hat, vorausgesetzt, dass der Veräusserer sich fortdauernd als Eigentümer geriert hat und dass die geschehene Veräusserung in dem Prozess nicht zur Sprache kam. Wir haben demnach eine Klage, die ein Nichtberechtigter über ein fremdes Recht mit der Behauptung, es stehe ihm noch zu, angestellt hat, also in soweit ganz die nämliche Situation, wie sie in § 407 II BGB vorausgesetzt wird.

Die l. 63 behandelt mit diesem Fall ganz gleich den anderen, dass der Veräusserer mit der rei vindicatio belangt wird. Befände sich die Sache in seiner custodia, so würde er der richtige Beklagte für die rei vindicatio sein, [4]) selbst wenn er durch constitutum possessorium den Erwerber zum juristischen Besitzer gemacht hätte. [5]) Die Stelle gibt aber nicht den geringsten Anlass zu der Annahme, dass eine solche Komplikation anzunehmen sei. Der Käufer wird uns einfach als der possessor rei emtae bezeichnet, und ebenso werden wir anzunehmen haben, dass der Ehemann und nicht der Besteller der dos ihr Besitzer ist. Daraus ist aber weiter zu schliessen, dass der Vindikant den Verkäufer und den Dosbesteller in der Meinung, sie seien noch im Besitz der Sache, belangt hat und dass der Beklagte, obwohl er weder Besitzer ist, noch das Eigentum mehr für sich selbst in Anspruch nimmt, sich unter Verschweigung der wahren Sachlage auf die Vindikation eingelassen hat. [6]) Die Situation ist also die gleiche, wie in dem

3) Civil. Arch. 47 S. 272. Diese treffliche Interpretation der Stelle wird von keinem der Autoren, die sich später mit ihr beschäftigt haben, überholt. Zu vermissen ist die Heranziehung des weiteren Materials, welches die Quellen bieten.

4) Entgegengesetzt Binder S. 31/2: „Die actio und defensio steht dem Eigentümer ausschliesslich zu“. „Rein formell erscheint der detinierende Veräusserer als zur Sache legitimiert, nicht aber materiell; er kann sich selbst dieser äusserlichen Legitimation entkleiden, indem er seine materielle Legitimation bestreitet.“ Dies steht in direktem Widerspruch mit l. 9 D. 6, 1 und c. 2 C. 3, 19. Anders das römische Recht der Legisaktionenzeit, welches die contravindicatio des Beklagten verlangte.

5) In diesem Fall ist sowohl der Detentor, wie der juristische Besitzer belangbar. Ebenso, wenn der Veräusserer die Sache übergeben hatte, dann aber wieder in den Besitz gelangt war.

6) Dies sind Situationen, in denen man es sehr wohl begreifen kann, dass der Beklagte sese liti offert, obwohl er nicht besitzt. Sieht man von solchen Fällen ab, so ist es schwer verständlich, dass jemand sich als den Besitzer und Eigentümer ausgibt und

ersten Fall: es fehlt ihm die Sachlegitimation (hier: die passive); er führt im eigenen Namen den Prozess über die Herausgabepflicht des Rechtsnachfolgers und über die nach römischem Recht primo loco zu entscheidende Eigentumsfrage, obgleich diese ihn nichts mehr angeht. Würde er sich nicht für den Besitzer ausgegeben haben, hätte er die Veräusserung aufgedeckt, so würde er damit den Vindikationsprozess von sich abgewendet und den Kläger genötigt haben, gegen den Erwerber selbst die Klage anzustellen.

Hiernach haben wir in beiden Fällen die gleiche Situation: der nicht mehr berechtigte und nicht besitzende Veräusserer führt im eigenen Namen einen Prozess über ein fremdes Rechtsverhältnis unter der Verschweigung des Wegfalls seiner Sachlegitimation. Er ist der sequens, von dem die Stelle spricht, und der Käufer oder Dosempfänger, dem er seine Rechte übertragen hat und der jetzt besitzt, ist derjenige, von dem die Stelle sagt, dass actio vel defensio primum sibi competit. Wie Binding a. a. O. S. 263, 268 zutreffend ausgeführt hat, ist weder in den bisher erörterten Beispielen der Stelle, noch in der Motivierung der geringste Anhalt dafür zu finden, dass der primus und der sequens in dem Verhältnis von „Mitbeteiligten“ [7]) ständen, von denen der Eine (der in erster Linie Interessierte) dem Anderen (dem in zweiter Linie Interessierten) die Prozessführung überlassen habe. Vielmehr ist der Primus der allein zur Sache (aktiv oder passiv) Legitimierte, der sequens ist ein Dritter, dem die Sachlegitimation völlig fehlt. Natürlich muss zwischen diesen beiden Personen irgend ein Verhältnis obwalten, welches den sequens dazu veranlasst, die Prozessführung zu übernehmen. Denken wir an den Fall des Verkaufs, so ist in der Stelle zwar nicht gesagt, aber es wird wohl häufig in derartigen Fällen das Motiv darin liegen, dass der Verkäufer dem Käufer wegen Eviktion haftet und insofern am Ausgang des gegenüber dem Dritten Eigentumsprätendenten zu führenden Prozesses mitbeteiligt ist. Aber dieses Mitbeteiligtsein be-

---

das Risiko auf sich nimmt, verurteilt zu werden. Stellt man sich vor, dass der Beklagte den Kläger lediglich deshalb täuscht, um ihn auf eine falsche Spur zu leiten und von der civilprozessualen Verfolgung des wahren Besitzers abzuhalten, so denkt man sich eine Situation, die im Leben schwerlich jemals vorkommt. — Bei der hereditatis petitio kann man sich hinwiederum sehr wohl vorstellen, dass derjenige, der sich für den Erben hält und die Erbschaft verkauft hat, sich noch für den Besitzer ausgibt, um den Erbrechtsstreit auszufechten.

7) So ist die Auffassung von Savigny, System VI S. 476.

trifft lediglich das interne obligatorische Verhältnis des primus und des sequens und ist gegenüber dem Prozessgegner völlig irrelevant.

Für die Motivierung der Entscheidung hat es absolut keine Bedeutung, ob der Kauf mit oder ohne Eviktionshaftung abgeschlossen ist. Das wird, abgesehen davon, dass die Stelle von diesen Verhältnissen völlig schweigt, dadurch zweifellos, dass die gleiche Entscheidung für den Fall der Dosbestellung gegeben ist, bei welcher eine Eviktionshaftung nur ausnahmsweise stattfindet. Würde das Mass des Interesses für die Frage, wer der primus und der sequens sei, ausschlaggebend sein, so lassen sich sogar leicht Fälle denken, in denen der sequens (der Rechtsvorgänger) als der in erster Linie Interessierte zu betrachten wäre.[8])

2. Dass die bei richtiger Lesart der Florentina sehr einfache und kaum misszuverstehende Stelle Jahrhunderte hindurch unrichtig ausgelegt ist,[9]) liegt in der Exemplifikation auf den creditor und debitor.

Die Beurteilung dieses von Macer benutzten Beispiels ist sehr einfach, wenn man mit Binding a. a. O. S. 265/7 annimmt, dass der Verfasser der Stelle die fiduciarische Eigentumsübertragung zu Pfandzwecken im Auge gehabt hat.[10]) Damit harmoniert, dass in Beziehung auf alle die in der Mitte der Stelle (Scientibus sententia) erwähnten Personen, quibus scientia nocet, als ratio decidendi angegeben wird, dass der am Prozess nicht beteiligte und doch von der Rechtskraft betroffene Dritte priorem dominum defendere causam patitur. Diese Charakterisierung aber passt auf den Verpfänder, der, wenn er Eigentümer war, das dominum durch Bestellung eines jus in re aliena nicht verliert, nicht. Er bleibt der Eigentümer und ist, wie l. 11 § 10 D. 44, 2 und l. 3 D. 20, 1 unzweifelhaft machen,[11]) auch nicht gehindert, die rei vindicatio anzustellen.

Würde die l. 63 D. 42, 1 allein in Frage kommen, so würde ich

8) So der Verkäufer, der auf Eviktion haftet und seinerseits keinen Regress hat oder doch seinen Anspruch nicht realisieren kann, der Schuldner, der die Sache zu Pfand gegeben oder eine fiducia cum amico geschlossen hat.

9) In dieser Beziehung hat Mendelssohn-Bartholdy S. 13f. eine interessante und wertvolle Zusammenstellung des Materials gegeben und namentlich gezeigt, dass in der durch die Italiener begründeten Auffassung der Stelle die Wurzel der französischen, dem deutschen Recht fremd gebliebenen tierce opposition liegt.

10) Windscheid I § 132 Note 2 billigt diese Interpellation.

11) Gelangt die Sache in fremden Besitz, ehe der Pfandgläubiger, der nicht Faustpfandgläubiger ist, einen fälligen Anspruch hat, so ist sogar der Pfandgläubiger gar nicht in der Lage, die actio hypothecaria anzustellen.



kein Bedenken tragen, die Beibehaltung dieses Beispiels auf Rechnung der Oberflächlichkeit der Komplikatoren zu setzen.[12] Allein die l. 29 § 1 D. 44, 2 und die l. 4 D. 49, 1 (ebenfalls von Macer) behandeln ganz denselben Fall[13] und es wäre auffallend, wenn den Juristen Justinians dreimal dieselbe Flüchtigkeit passiert wäre.

Bei dieser Sachlage hat man entweder nach wie vor die Entscheidung auf den Fall zu beziehen, dass der creditor zum Eigentümer gemacht ist. Dies wäre keine absolut unmögliche Auslegung. Denn wenn auch die fiducia als besonderes Rechtsinstitut beseitigt ist, so ist damit keineswegs gesagt, dass es verboten sei, dem Gläubiger Eigentum zu übertragen und die Rückübertragung bezw. die Herausgabe der hyperocha zu stipulieren.[14] Käme aber die Eigentumsübertragung zu solchen Zwecken nicht vor, so wäre der Rechtssatz des l. 63 in Beziehung auf den creditor und den debitor nicht unrichtig, sondern nur gegenstandslos.

Die andere Möglichkeit ist, dass man die citierten Stellen auch auf den Pfandgläubiger im eigentlichen Sinne bezieht. Dann aber müssen besondere Situationen gedacht werden, wenn der in den Quellen ausgesprochene Rechtssatz anwendbar sein soll. Seine Voraussetzung ist das prohibere posse und dessen Unterlassung: die Zustimmung zu unberechtigter Prozessführung. Dies trifft nicht zu, wenn der Verpfänder als Kläger einen einfachen Prozess über die Eigentumsfrage führt.[15] Aber wie, wenn ein Dritter die Pfandsache vernichtet oder stiehlt? Die actio legis Aquiliae[16] und die condictio furtiva[17] stehen dem Pfand-

12) So Binding, a. a. O. S. 275.

13) Vgl. unten S. 499.

14) Dass die lex commissaria nicht entgegensteht, betont Dernburg, Pfandr. I S. 94 unter dem Nachweis, dass im Westreich die fiducia noch nach Justinians Zeiten in Übung war.

15) Vgl. Note 11. Der umgekehrte Fall, dass der Verpfänder dem Pfandgläubiger gestattet, sich für den Successor in das Eigentum auszugeben und wegen der Sache die rei vindicatio anzustellen, würde unter unseren Gesichtspunkt fallen. — Die entgegengesetzte Auffassung wieder bei Binder S. 34/5, der den Pfandfall als besonders geregelten Ausnahmsfall ansieht und so zu dem unhaltbaren Satz gelangt, dass aus ihm auf den Fall der Niessbrauchsbestellung u. s. w. keine Analogieschlüsse zu ziehen seien.

16) l. 30 § 1 D. 9, 2. Vgl. dazu m. Verpf. und Pfändung von Forderung S. 48f. und Grueber, Civil. Arch. 75 S. 314f., dem meine Ausführung, wie es scheint, unbekannt war.

17) Vgl. l. 12 § 2 D. 13, 1, dazu Verpf. u. Pf. S. 46/8.

gläubiger und dem Eigentümer zu, dem ersteren nur usque ad modum debiti, aber so, dass der Eigentümer seinen (solidarischen) Anspruch solange nicht geltend machen kann und dass der Schuldner durch die Zahlung an den Eigentümer gegenüber dem Pfandgläubiger nur dann befreit wird, wenn er von dem Pfandrecht nichts wusste.[18]) Nimmt man eine derartige Situation an, so trifft unsere ratio legis zu, wenn der Pfandgläubiger es zulässt, dass der Eigentümer unter Verschweigung der Verpfändung den ganzen Schadensersatz einklagt, obwohl ihm dieser wegen des Pfandrechts gar nicht oder doch nicht ganz gebührte. Dass hier die Entscheidung dem Pfandgläubiger entgegensteht und ihn namentlich auch hindert, den Schuldner, der zur Zahlung an den Eigentümer verurteilt ist, nochmals zu belangen: das ist ein Satz, der aus der l. 63 cit. abgeleitet werden müsste, wenn er nicht schon in ihr enthalten ist.[19])

Denken wir an den Fall, dass der dritte Eigentumsprätendent als Kläger auftritt, so sind auch bei der eigentlichen Verpfändung Situationen denkbar, für welche das in der Stelle entwickelte Prinzip zutrifft. Darf man annehmen, dass die Kompilatoren an solche Fälle gedacht haben, so wäre es erklärbar, dass sie die Stellen, die mit Rücksicht auf die fiducia geschrieben waren, beibehielten.

Unter keinen Umständen trifft das Prinzip der l. 63 für den Fall zu dass an der streitigen Sache eine Hypothek bestellt war und der verklagte Verpfänder (der debitor) sich im Besitze der Sache befand. Denn hier ist der debitor gegenüber der rei vindicatio nicht nur zur Sache legitimiert, sondern er allein ist nach römischem Rechte der richtige Beklagte. Der creditor, dem die Sache verpfändet ist, ist nicht belangbar, weil er nicht besitzt[20]) und er ist in keiner Weise im Stande, die Prozessführung des debitor zu verhindern. Eben deshalb kann hier unter keinen Umständen die Rede davon sein, dass die Rechtskrafterstreckung wegen Unterlassung des prohibere stattfinde.

18) Entsprechend wird zu sagen sein, dass die litis aestimatio, die auf die rei vindicatio zugesprochen wird, nicht dem Eigentümer allein gebührt.

19) Er gilt natürlich ebenso, wenn der Niessbraucher oder ein sonstiger Inhaber eines jus in re aliena es zulässt, dass der Eigentümer unter Verschweigung der Berechtigung des Niessbrauchers (vgl. l. 11 § 10, l. 12 D. 9, 2) sich als den alleinigen Gläubiger ausgibt.

20) Anders nach heutigem Rechte, welches die Eigentumsfeststellungsklage kennt, bei der die Begründung des Klagrechts weder durch den Besitz bedingt ist, noch schlechthin durch den Besitz gegeben wird.

Anders liegt die Sache, wenn der debitor dem creditor die Sache zu Faustpfandbesitz übergeben oder wenn der Hypothekar sich in den Besitz gesetzt hat. Denn der Verpfänder ist dann lediglich noch possessor ad usucapionem, der Besitz aber steht allein dem creditor zu und wenn die l. 16 D. 41. 3 bezeugt, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum esse, so trifft dies ganz ebenso für die rei vindicatio zu. Stellt nun der Eigentumsprätendent, der weiss, dass der debitor die streitige Sache erworben hatte, der aber nicht weiss, dass sie sich nicht mehr in seinem Besitz befindet, die rei vindicatio gegen den debitor an, so haben wir die Situation, wie sie in der l. 63 vorausgesetzt wird. Der creditor ist in der hier in Betracht kommenden Beziehung [21]) der possessor ebenso, wie der emtor. Geschieht die Prozesseinleitung mit seinem Wissen gegenüber dem sich noch als den Besitzer gerierenden debitor, qui liti sese offert, so kann von ihm ebenso, wie von dem emtor, gesagt werden: passus est sequentem de proprietate agere, und deshalb obest sententia inter alios acta scienti creditori.

3. Alle Fälle, in denen der Prozessführer **propria** actione vel defensione utitur, fallen nicht unter das Prinzip der l. 63 cit. Dies sind alle diejenigen Fälle, in denen der Kläger oder der Beklagte über eigene Rechte oder Pflichten streitet und sonach die Aktiv- oder Passivlegitimation besitzt, nicht nur sich fälschlich zuschreibt. Dabei ist es ganz gleichgültig, ob sie in Rechtsgemeinschaft stehen oder sonstwie mitbeteiligt sind. Ausdrücklich wird das obesse sententiae negiert, wenn es sich um coheredes handelt [22]) oder wenn der eine Eigentumsprätendent

---

21) In einem ganz besonderen Sinn nimmt die l. 15 D. 2, 8 den Begriff der possessio mit Rücksicht auf die Kautionspflicht. Hier gilt der creditor nicht als possessor, tametsi possessionem habet (l. 15 § 2 cit.). Im Sinne der Stelle wird dies sogar dann anzunehmen sein, wenn er fiduciarischer Eigentümer war. In Beziehung auf die Kautionspflicht spielen wirtschaftliche Momente die Hauptrolle. Wird doch die Frau neben dem Manne als possessor fundi dotalis anerkannt (l. 15 § 3 cit.)!

22) Macer denkt sowohl an den Fall, dass einer der coheredes debitoris (Binder S. 24 druckt: creditoris) mit Wissen des anderen verklagt und verurteilt wird, als an den Fall, dass einer von ihnen geklagt hat und abgewiesen ist. (So interpretiert schon ganz richtig die Glosse v. petitoribus.) — Binder S. 29 findet in der Stelle den Satz, dass es Fälle gebe, in denen das Urteil unter den Parteien selbst keine Rechtskraft schaffe. Aber mit den quidam, denen die sententia non nocet, etiamsi contra ipsos judicatum sit, sind allemal Dritte gemeint, eben z. B. die coheredes. Denn es ist nur von der sententia inter alios dicta die Rede. Ganz richtig interpretiert schon die Glosse v. judicatum sit: „non directo, sed per consequentias". Gemeint ist, dass gegen den einen Miterben eine Entscheidung gefällt ist, deren Inhalt sich objektiv auch

unthätig bleibt, obgleich er Kenntnis davon hat, dass ein Anderer gegen den Besitzer die rei vindicatio erhoben hat.[23])

III. Wie nach römischem Rechte die Verfügung, welche ein Nichtberechtigter über meine Rechte trifft, die beabsichtigte Geschäftswirkung nicht hat, wenngleich der Gegner glaubte, von dem Berechtigten zu erwerben, ebensowenig präjudiciert mir im allgemeinen die Prozessführung, welche ein Dritter als das angebliche Subjekt des in Wirklichkeit mir zustehenden Rechtsverhältnisses unternommen hat. Wie aber schon nach römischem Recht die Verfügung, die ein Nichtberechtigter mit meiner Zustimmung über mein Recht getroffen hat, wirksam ist bezw. durch Ratihabition wirksam wird, so wirkt gegen mich auch die Prozessführung des Dritten über meine Rechtsverhältnisse, wenn ich ihr zugestimmt habe.

Dies ist meines Erachtens der einfache sehr verständige und in keiner Weise auffallende Sinn unserer Stelle.[24]) Dem Wortlaute nach beschäftigt sich die Stelle allerdings nur mit derjenigen Zustimmung, welche stillschweigend gegeben worden ist. Aber deshalb, weil der Jurist die zu keinerlei Zweifeln Veranlassung gebende ausdrückliche Zustimmung[25]) mit Schweigen übergeht, sind wir keineswegs berechtigt, in einer systematischen Darstellung ebenfalls nur die stillschweigende Zustimmung als einen Grund für die Ausdehnung der Rechtskraft zu erwähnen.[26])

---

gegen die eigene Rechtsbehauptung der scientes coheredes kehrt und diese ausschliessen würde, wenn die sententia auch gegen die Dritten wirksam wäre, so z. B. wenn das Eigentum des Vindikanten gegenüber dem einen Miterben anerkannt ist.

23) Also ganz die Situation, in welcher heute die (dem römischen Recht nicht bekannte) Hauptintervention statthaft ist!

24) Mendelssohn-Bartholdy S. 376 findet den „springenden Punkt" in der l. 63 nicht darin, dass „der Dritte hauptsächlich legitimiert und prinzipaliter interessiert ist, sondern dass er auf diese Eigenschaften durch konkludente Handlung oder Unterlassung verzichtet, sich ihrer entäussert". Entäusserung einer Eigenschaft? Ist das ein brauchbarer Rechtsbegriff?

25) M. E. ist sie in c. 1 C. 7, 46 behandelt. Denn es ist nach dem ganzen Inhalt des Titels (quibus res judicata non nocet) schwerlich anzunehmen, dass sie in ihrer Negative voraussetzt, dass der frater als Stellvertreter des Anfragenden (in dessen Namen) prozessiert hat. Wäre dies geschehen, so wäre es ein Thatbestandsmoment, welches sicherlich nicht nur hypothetisch behandelt wäre. — Sehr zutreffend ist die Bemerkung von Wach, Handb. I S. 623 Note 27, dass die l. 63 nur auf die Prozessführung im eigenen Namen bezogen werden kann und dass der Vertretungsgedanke schlechthin abzuweisen sei.

26) So Binder in der Überschrift von § 8 (S. 24). Im Ganzen unterscheidet er



In der Hauptsache beschäftigt sich der Jurist mit der Beantwortung der Frage, wann und weshalb in der Passivität des allein zur Sache Legitimierten ein der ausdrücklichen Zustimmung gleichwertiger Thatbestand liegt. Die Antwort, welche Macer gibt, steht in der Übereinstimmung mit den Grundsätzen, nach welchen die Frage sich beurteilt, ob es Zustimmung ist, falls ich dazu schweige, wenn ein Nichtberechtigter über meine Sache verfügt[27]) oder wenn jemand sich für mich verbürgt,[28]) wenn jemand meinem filius familias ein Darlehn gibt,[29]) wenn meine Tochter sich verlobt,[30]) wenn mein Nachbar ein den Wasserabfluss veränderndes Werk errichtet.[31])[32]) In allen diesen Fällen gilt das Schweigen als Zustimmung, wenn nach den Umständen des Falles hätte erwartet werden müssen, dass Widerspruch erhoben wäre, falls derjenige, den es angeht, nicht zu dem Glauben berechtigt sein sollte, dass in dem Schweigen Zustimmung liege. In der l. 50 D. 50. 17 (Note 28) wird die Billigung in dem non prohibere gefunden. Es ist aber sicher, dass hier-

---

unter dem Gesichtspunkt „Vertretung dritter Personen durch die Partei" (S. 22) A. Die Stellvertretung (§ 7), B. Die stillschweigende Überlassung der Prozessführung (§§ 7—17), C) Die gesetzliche Vertretung (§§ 18–30). Gegen die Verwendung des Vertreterbegriffs, wie sie sich hier wie auch sonst sehr häufig findet und nicht als Handeln im Namen eines anderen, sondern als „Vertretung des Rechts" gemeint ist, habe ich mich bereits oben § 7 erklärt. Was unseren speziellen Fall anlangt, so darf gefragt werden: was würde man sagen, wenn in der Lehre von der Erbschaftsannahme nur von der pro herede gestio gesprochen und die normale heredatis aditio mit Stillschweigen übergangen würde? — Übrigens werden von Binder unter dem Gesichtspunkte B eine Reihe von anderen Fällen abgehandelt, in denen entweder von einer „vertragsmässigen Überlassung" die Rede ist oder die Rechtskraftausdehnung aus ganz anderen Gründen, als dem Parteiwillen, fliesst.

27) l. 38 § 1 D. 24, 1 (si id scissent), l. 12 D. 21, 2 (si coheredes praesentes fuerunt nec dissenserunt).

28) l. 60 D. 50, 17 (Semper, qui non prohibet pro se intervenire, mandare videtur). Ebenso l. 4 § 3 D. 27, 7, l. 6 § 2, l. 18 D. 17, 1.

29) l. 12 D. 14, 6 (si tantum sciente patre creditum sit filio). Vgl. l. 16 eod. (nachträgliche Genehmigung, wenn der Vater es unterlässt, continuo testationem interponere contrariae voluntatis).

30) l. 7 pr. D. 23, 1 (pater consentit, nisi evidenter dissentiat). Vgl. auch l. 12 pr. D. eod., ferner l. 5 D. 1, 7 (vel consentiendo, vel non contradicendo) und c. 5 C. 5. 4 (cognitis nuptiis non contradixit).

31) l. 19 D. 39, 3 (patiente vicino). Vgl. dazu § 912 I BGB. (Widerspruch erhoben).

32) Vgl. auch l. 4 pr. D. 9, 4: Scientiam ejus accipiendam, qui prohibere potest Das Wissen des Herrn von dem Benehmen des Sklaven schadet dem Herrn nichts, wenn er das Delikt nicht hindern kann, so insbesondere auch, si servus contemnat dominum.

mit ebensowenig, wie in allen den anderen Fällen, verlangt wird, dass der Schuldner es unmöglich mache, dass derjenige, der sich für ihn verbürgen will, diesen Entschluss ausführe. Denn es ist klar, dass dies nicht in der Macht des Schuldners steht. Das prohibere besteht lediglich darin, dass er Widerspruch erhebt: hört diesen der Interventionslustige, so wird er die Verbürgung unterlassen, weil er weiss, dass er keinen Regress mit der actio mandati nehmen kann.

Nichts anderes, als das Unterlassen des Widerspruchs, bedeutet das non prohibere in der l. 63 D. 42, 1. Weiss ich, dass mein Veräusserer mit der Behauptung, er sei noch der Eigentümer, Klage erheben oder mit der Behauptung, er sei noch der Besitzer, sich auf den Prozess einlassen will, so kann ich ihm durch nichts die Ausführung seiner Absicht unmöglich machen.[33]) Aber ebenso wie ich der Verbürgung dadurch entgegentrete, dass ich dem Interventionslustigen die Aussicht auf Regress nehme, so werde ich bewirken, dass die in l. 63 cit. vorausgesetzte Prozessführung unterbleibt, wenn ich dem Rechtsvorgänger verbiete, sich in meine Angelegenheiten zu mischen. Nötigenfalls brauche ich ja nur den Gegner über die wahre Rechtslage, wie sie sich infolge der Veräusserung gestaltet hat, aufzuklären. Denn dann wird er, wenn er von dem Nichtberechtigten verklagt wird, dessen Zurückweisung herbeiführen,

---

33) A. M. eine verbreitete Meinung, der auch Binder folgt. (Der Vorgänger kann seiner Legitimation „beraubt" werden; „der Successor kann den Autor am Prozess hindern, als Hauptintervenient auftreten und sich zum dominus litis(!) machen".) Diese Auffassung der l. 63 ist nach mehrfacher Richtung hin unrichtig. Wäre an die Erhebung der Hauptintervention zu denken, so würde diese die Fortsetzung des Prozesses keineswegs hindern. Aber die Hauptsache ist, dass das ganze Institut unter Einwirkung des germanischen Prozessrechts erst als ein Produkt des mittelalterlichen Gewohnheitsrechts entstanden ist (vgl. Weismann, Zeitschr. der Savigny-Stiftung, germ. Abt., Bd. 1 S. 191 f., Hauptintervention S. 13, Seuffert, Komm. 6 Aufl. Bem. 2 zu §§ 61/2) und schon deshalb völlig ausser Betracht bleiben muss. — Wach, Handb. I S. 623 Note 29 ist der Ansicht, dass das prohibere auf die denegatio actionis in jure hindeute. (Ebenso Geib, Krit. V. J. Schr. 39 S. 135.) Allein in den von Wach angeführten l. 6, 7 § 1 D. 47, 10 ist die Rede von der denegatio judicii privati, si judicio publico actum sit. Das ist eine ganz andere Rechtslage, als sie in l. 63 cit. vorausgesetzt und in ihrer Natur durch die l. 29 § 1 D. 44, 2 klar erkennbar wird (vgl. den Text). Richtig ist, dass im klassischen römischen Recht der Prätor actionem denegierte, wenn die Unbegründetheit der aufgestellten Rechtsbehauptung schon in jure zweifellos war. Einen solchen Fall hat auch auch die l. 34 D. 24, 3 im Auge. Ist die geschiedene Frau in patria potestate, so steht die Rückforderung der dos dem Vater nur adjuncta filia zu (Ulp. VI, 6). Steht es also fest, dass die Tochter nicht zustimmt, so ist die Unbegründetheit der Klage evident und deshalb actio deneganda est.



und wenn er die Absicht hatte, den **Autor** zu verklagen, so wird er es aus dem doppelten Grunde unterlassen, weil er nun weiss, dass der in Aussicht genommene Beklagte durch die Rüge des Mangels der Passivlegitimation die Abweisung der Klage herbeiführen kann,[34]) und dass ihm, falls dies nicht eintritt, jedenfalls das Urteil gegenüber demjenigen nichts nützen wird, den zu besiegen er allein ein Interesse hat. Aber zu dieser ultima ratio (Aufklärung des Gegners) braucht der Prohibent gar nicht zu greifen. Es genügt, dass der Rechtsvorgänger weiss, dass der Nachfolger die Geschäftsbesorgung, welche ja in der Prozessführung liegen würde, nicht will. Dann wird er sie schon aus dem Grunde unterlassen, weil er mit jener Möglichkeit der Aufklärung rechnen muss und jedenfalls keinen Ersatz seiner Auslagen erhält.

Die Richtigkeit dieser Auffassung wird durch l. 29 § 1 D. 44. 2 bestätigt. Diese Stelle setzt denselben Thatbestand, wie die l. 63 voraus. Hat der debitor de proprietate pignoris prozessiert, so schadet das Urteil dem creditor nicht, wenn die Verpfändung vor dem Prozess stattgefunden hat und dieser „non admonito creditore“ geführt wurde. Nicht gesagt, aber zweifellos in der Stelle enthalten ist der Satz, dass dem creditor das Urteil präjudizieren würde, wenn ihm der debitor die Absicht, causam creditoris defendere, zuvor mitgeteilt hätte und der unter diesen Umständen zu erwartende Widerspruch unterblieb. Auf einen solchen einfachen Widerspruch deutet auch der am Schluss der l. 63 cit. vorkommende Ausdruck „intercedere“ hin; denn er bedeutet mit dem Nachsatz quomimus utatur nichts anderes, als: dazwischen treten, um etwas zu verhindern.[35])

Auch auf die l. 4 § 2—4 D. 49. 1 darf Bezug genommen werden. Sie behandelt, wie schon die Glosse und die späteren Italiener[36]) bemerkt

34) Die Durchführung der rei vindicatio gegen denjenigen, qui liti sese obtulit, hängt davon ab, dass der Kläger gewusst hat, dass der Verklagte nicht besitzt (l. 25 D. 6, 1). Ebenso bei der hereditatis petitio (l. 45 D. 5, 3).

35) Ebenso z. B. l. 3 § 4 D. 50, 4 (jus non habet intercedere, quominus), l. 2 § 5 D. 43, 8 (interdicto intercedere). — A. M. Binder S. 32/3, der in dem intercedere nichts anderes als die Hauptintervention findet, die es im römischen Recht nicht gibt (vgl. Note 33) und die, wenn sie dem römischen Recht bekannt wäre, nicht gemeint sein könnte. Denn als Zweck und Folge der Hauptintervention könnte nicht bezeichnet sein, quominus utatur.

36) Vgl. z. B. Bartolus, l. 4 cit. ad verba: alio condemnato. — In neuerer Zeit wird die Bedeutung, welche die Stelle für die Erörterung der Rechtsfrage hat, allgemein übersehen. Auch die c. 5 C. de pign. 8, 13 behandelt unseren Fall.



haben, die gleichen Fälle, wie die l. 63 D. 42. 1: den Fall, dass der Verkäufer nach der Übereignung de proprietate prozessiert und den Fall, dass der Eigentümer de pignore den Streit führt. Macer, der Verfasser der l. 63 Dit., behandelt in derselben Schrift, aus der die l. 63 entnommen ist, die Frage, ob der emtor oder der creditor das Interesse hat, welches erforderlich ist, wenn man alio condemnato appellieren will, weil die Partei nicht appelliert oder non ex fide causam defendit. Er bejaht es, wenn der debitor „interveniente creditore victus provocaverit". Was hier das interveniente creditore bedeutet, wird durch den Schluss des § 4 ausser Zweifel gestellt. Auch hier bedeutet es, dass der creditor von dem Prozess Kenntnis gehabt hat und den debitor gewähren liess. War er absens, hat er deshalb von der Einleitung des Prozesses nichts gewusst, so schafft ihm das Urteil gegen den debitor kein Präjudiz und deshalb hat er auch gar kein Interesse an der Appellation gegen die ungünstige Sentenz.[37])

IV. Der Thatbestand, der in den Beispielen der l. 63 vorausgesetzt wird, ist hiernach der, dass der nicht berechtigte Rechtsvorgänger über das seinem Nachfolger zustehende Recht bezw. über die diesen treffende Verpflichtung als über eigene Rechtsverhältnisse prozessiert.

Die Entscheidung ist, dass das Urteil dem Dritten unter Umständen schadet, nicht aber, dass es ihm nützt.[38]) Voraussetzung und Grund dieser Erstreckung der Rechtskraft[39]) ist die Zustimmung zur Prozessführung, die der Berechtigte[40]) dem nichtberechtigten Prozess-

---

37) Zutreffend hat Binding S. 274 hervorgehoben, dass aus l. 5 D. 40, 14 hervorgeht, dass das me interveniente auch in l. 63 D. 42, 1 (in Beziehung auf den Prozess über den libertus) nichts anderes bedeutet, als me sciente (arg.: „quo ignorante"). Unrichtig ist Bindings Auffassung, dass die l. 63 den Fall meine, dass ein anderer statt des wirklichen Patrons die Verteidigung der diesem zustehenden Rechte übernommen habe. Denn als Inhalt des Urteils wird ja referiert, dass meus libertus servus vel libertus **alterius** judicetur. Es ist eine Eigentümlichkeit des Libertätsprozesses, dass jedermann, der Kenntnis von dem Prozess hatte, seine Rechte geltend machen musste, wenn er nicht an das Urteil gebunden sein wollte. (Also nicht schlechthin objektive Wirkung!) Vgl. Binder S. 65, der auch hier so konstruiert, dass „der „„justus contradictor" " alle die, gegen welche das Urteil Rechtskraft wirkt, im Prozesse vertritt".

38) Dies steht in Übereinstimmung mit dem bereits oben S. 486 f. Ausgeführten, worauf hier verwiesen wird. A. M. Savigny, System VI S. 477, Regelsberger, P. I § 198 Nr. 2, Binder S. 30.

39) Nur die Rechtskraft wird erstreckt. Die Vollstreckbarkeit kann heute nicht aus § 727 CPO. abgeleitet werden. Vgl. oben § 6, I, 1.

40) Korrekt müsste man sagen: derjenige Rechtsprätendent, der der Berechtigte sein würde, wenn sein Vorgänger es war. Aber der Kürze des Ausdrucks halber wird

führer erteilt hat. Nicht gefordert wird in der Stelle, dass der Gegner des Nichtberechtigten im guten Glauben an die Sachlegitimation des Prozessführers gewesen ist. Aber thatsächlich wird es sich kaum denken lassen, dass der Prozess in der vorausgesetzten Weise verläuft, obwohl der Gegner Kenntnis von der wahren Rechtslage hatte.[41]) Der Grund dafür, dass das Urteil dem Nachfolger präjudiziert, ist jedenfalls nicht der gute Glaube des Gegners, der ja nach römischem Rechte nicht relevant ist,[42]) sondern allein die Zustimmung des Nachfolgers dazu, dass der Vorgänger unter Verschweigung der Rechtslage, wie sie von seinem Standpunkte aus in Wahrheit ist, sich für den Berechtigten ausgab. Die Möglichkeit der Intervention (sei es Haupt- oder Nebenintervention) und ihre Unterlassung spielen für die Entstehung des Präjudices keine Rolle.[43])

Dass es, wenn der Prozess mit Zustimmung des Berechtigten begonnen wurde, nach römischem Recht irrelevant ist, wenn nun die Zustimmung zurückgenommen wird, dürfte kaum zweifelhaft sein.[44]) In

---

der andere Ausdruck gebraucht, wie ja auch schon die Quellen von dem prior dominus sprechen, obwohl in dem Prozess über die Eigentumsfrage entschieden wird und es keineswegs der Sinn der Stelle ist, dass der Gegner nicht der Eigentümer gewesen wäre, also den Prozess mit Unrecht gewonnen hätte.

41) Vgl. oben S. 490 f., 498 9. Hatte der Kläger Kenntnis davon, dass der Beklagte, der liti sese obtulit, nicht besitzt (l. 25 D. 6, 1), so kann er Abweisung verlangen. Hat er es nicht gethan und ist die Verurteilung rechtskräftig geworden, so kann die Einwendung selbstverständlich nicht nachgeholt werden und auch die Erstreckung der Rechtskraft tritt ein, wenn die Voraussetzungen (die Zustimmung) gegeben sind.

42) Anders das moderne Recht in den in § 66 I, 2 zusammengestellten Fällen.

43) Es ist aus der Stelle also keineswegs für das heutige Recht der Satz abzuleiten, dass die Unterlassung der Hauptintervention zur Erstreckung der Rechtskraft führe. (Übereinstimmend Mendelssohn-Bartholdy S. 375f. Vgl. auch oben S. 77.) — Dass die Unterlassung zulässiger Nebenintervention nicht zur Rechtskrafterstreckung führt, zeigt für das römische Recht l. 5 D. 49, 1 und ist für das Recht der CPO. nicht zu bezweifeln. Oder wirkt die Verurteilung des Hauptschuldners Rechtskraft gegen den interventionsberechtigten Bürgen, wenn er unthätig bleibt?

44) Hiernach ist es auch möglich, dass der Zustimmende sich an dem Prozess als Nebenintervenient beteiligt. Allerdings muss er zur Begründung seines Interesses geltend machen, dass das abzuurteilende Recht ihm selbst zusteht und er riskiert, dass der Gegner nach Aufdeckung der stattgehabten Veräusserung nun einfach Abweisung der Klage wegen Mangels der Aktivlegitimation verlangt. (Darüber, dass er dies thun kann, vgl. unten S. 503.) Aber solange diese Wendung nicht eintritt, bleibt der Prozess anhängig und der Käufer kann den nichtberechtigten Verkäufer sehr wohl zu dem Zweck unterstützen, damit diesem das Recht zugesprochen werde. Die Veräusserung bleibt eben ausser Betracht, solange der Gegner gegenüber der Behauptung des Klägers, das Recht stehe ihm (noch) zu, die Veräusserung nicht geltend macht. Schon für das römische Recht ergibt sich die Zulässigkeit der Intervention m. E. mit Sicherheit aus l. 4 § 3, 4 D.



Übereinstimmung hiermit steht es, dass es nach dem neuen Reichsrecht überall da, wo die Wirksamkeit der Prozessführung des Nichtberechtigten von dem guten Glauben des Gegners abhängt, ebenfalls nur auf die Zeit des Prozessbeginns ankommt. Deshalb muss es, wenn die Zustimmung auch im neuen Rechte Bedeutung hat,[45]) genügen, wenn sie zu dieser Zeit vorhanden ist. Anders ausgedrückt: sie ist unwiderruflich nach dem Prozessbeginn, wie die Einwilligung nicht zurückgenommen werden kann, wenn das zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäft einmal abgeschlossen ist.[46]) Auch darin gehen das Prozessrecht und das materielle Recht heute, wie in Rom, parallel, dass die Zustimmung ebenso, wie der (noch zulässige) Widerruf, dem einen oder anderen Teil gegenüber erklärt werden kann,[47]) dass die Erklärung, da sie keiner Form bedarf,[48]) auch stillschweigend abgegeben werden kann,[49]) und dass die nachträgliche Genehmigung den Mangel der Einwilligung heilt.[50])

Es darf nochmals darauf aufmerksam gemacht werden, dass die Zustimmung die Erklärung ist, dass man sich mit der Prozessführung des Anderen einverstanden erklärt. Nicht ist es die Erklärung, dass man sich dem Urteil unterwerfe. Dies ist die Folge, welche das

---

49, 1. Bezüglich des heutigen Rechts darf daran erinnert werden, dass die Situation in Beziehung auf die ventilierte Frage vollständig mit derjenigen übereinstimmt, welche sich aus § 409 II BGB. ergibt. Ist der Prozess mit dem debitor ignorans begonnen, so muss der Cessionar, wenn er intervenieren will, ebenfalls den Rechtsübergang geltend machen. A. M. Wach, Handb. I S. 55 bei Note 29 (Nebenintervention ist nicht zu denken, weil das Auftreten des Dritten die Negation des Rechts seines Vorgängers sein müsste). Vgl. auch Mendelssohn-Bartholdy § 25. — Jedenfalls stehen der Nebenintervention diese Bedenken nicht entgegen, wenn der Veräusserer lite sese obtulit. Die nachträglich erlangte Kenntnis des Klägers (dass der Beklagte nicht besitzt) berechtigt den Beklagten nicht, die Abweisung zu verlangen.

45) Vgl. darüber nachher § 68.

46) BGB. § 183 Satz 1. — Die Zustimmung geht der in BGB. § 182f. geregelten parallel, ist aber deshalb nicht (anders Anspr. u. Klagr. S. 309) ein materielles Rechtsgeschäft. Vgl. unten § 69 Note 34.

47) BGB. § 183 Satz 2.

48) BGB. § 182, II.

49) Bei der thatsächlichen Frage, ob ein sicheres Wissen von dem Prozess und die Pflicht zum Widerspruch (S. 497) vorliegt, begründet es natürlich einen grossen Unterschied, ob wir uns denken, dass in Gegenwart des Berechtigten vor dem Prätor verhandelt wird, oder ob wir an den modernen Prozess denken.

50) BGB. § 185. All das Gesagte folgt daraus, dass es nach Reichsrecht zweifellos da gilt, wo es die Zustimmung zur Prozessführung regelt. Der in den betreffenden Vorschriften geregelte Thatbestand ist verschieden, aber an dem Wesen der Zustimmung ändert dies nichts. Vgl. unten §§ 68 9.

Gesetz an die Zustimmung knüpft und die eintritt, wenn gleich der Zustimmende an die Möglichkeit eines Prozessverlustes nicht im entferntesten gedacht hat.[51])

Durch die Zustimmung erhält der Nichtberechtigte nicht das Recht, den Gegner zur Prozessführung mit ihm (statt mit dem zur Sache legitimierten) zu zwingen. Vielmehr kann dieser jederzeit den Mangel der Sachlegitimation rügen.[52])

V. Nach dem Inhalte der l. 63 ist es zweifellos, dass sie ein allgemein gültiges Prinzip enthält. Dieses kann nicht etwa dahin formuliert werden, dass jedes Urteil auf den Dritten wirkt, wenn dieser die Prozessführung anerkannt hat,[53]) noch weniger aber mit Savigny[54]) dahin, dass die Urteilswirkung sich auf jeden Mitbeteiligten erstreckt, wenn ihm von dem zunächst dazu Berufenen die Prozessführung überlassen wurde.[55]) Vielmehr führt die Zustimmung dazu, dass die Rechtskraft entgegensteht, nur dann, wenn der Rechtsprätendent einen anderen als den Berechtigten in dem Prozess auftreten lässt oder wenn der Nichtbesitzer sich mit Zustimmung des Besitzers als den Besitzer ausgibt und so den Prozess auf sich zieht. Die Erweiterung gegenüber den in l. 63 D. 42. 1 besprochenen Beispielen liegt also nur darin, dass wir davon absehen, dass der Berechtigte sein Recht gerade von demjenigen ableitet, der als der Berechtigte für die Prozessführung vorgeschoben wird. Diese Erweiterung rechtfertigt sich aus der ratio legis, die in den eben bezeichneten Fällen geradeso zutrifft, wie in den Beispielen der l. 63. Der Berechtigte, der den Nichtberechtigten prozessieren lässt, hilft dabei mit, den nicht zur Sache Legitimierten als den Legitimierten auszugeben; er könnte, wenn der Nichtlegitimierte ohne seine Zustimmung gehandelt

---

51) Es entspricht ganz der Weise, in welcher Windscheid das Verhältnis von Rechtshandlung und Rechtserfolg auffasst, wenn er die Rechtskraftwirkung darauf zurückführt, dass der Zustimmende „das Urteil als für sich wirkend anerkannt hat" (§ 132 Note 2). Dieselbe Auffassung findet sich in sehr ausgeprägter Gestalt bei Geib, Krit. V. J. Schr. 39 S. 136/7.

52) Vgl. hierüber schon oben § 8 Note 14 (deren vorletzter Satz sich auf den römischen cognitor und procurator bezieht) und S. 401, 486 f.

53) So Windscheid I § 132 Note 2. Korrekter Dernburg, Pand. I § 164: „Die Gutheissung einer fremden Prozessführung über unsere Sache bindet uns an das auf Grund derselben erfolgende Urteil." Zu eng Hölder, P. I S. 390 Note 8 („Für den Autor ist die Prozessführung des Rechtsnachfolgers massgebend.").

54) System VI S. 476/7. Ebenso fassen die Motive zu E. I Bd. I S. 380 den Inhalt des römischen und gemeinen Rechts auf.

55) Vgl. dagegen oben S. 491, 495.



hat, durch sofortigen Widerspruch es hindern; thut er es nicht, so muss er die Entscheidung gegen sich gelten lassen.

Einige Beispiele für die Anwendung des Prinzips mögen angeführt werden.[56])

1. Ein Gläubiger lässt es zu, dass ein Dritter mit der Behauptung, Cessionar zu sein, den angeblichen Schuldner verklagt; dieser lässt sich auf den Prozess ein, ohne die Vorlage einer Cessionsurkunde zu verlangen, weil er der Versicherung des Klägers Glauben schenkt; nachdem er die Abweisung der Klage erstritten hat (oder: nachdem er rechtskräftig zur Zahlung verurteilt ist), tritt der Gläubiger mit der Klage auf und es stellt sich heraus, dass eine Cession nicht stattgefunden hat. — 2. Der Verkäufer, der die Sache noch nicht übereignet hat, ist damit einverstanden, dass der Käufer unter der falschen Behauptung, die Übereignung sei bereits erfolgt, wegen Beschädigung der Sache klagt oder sich als den Besitzer (der er noch nicht ist) mit der rei vindicatio verklagen lässt. — 3. A ist Wechselgläubiger; mit seiner Zustimmung klagt sein Vormann unter der falschen Behauptung, den Wechsel eingelöst zu haben, auf Zahlung. — 4. Eine Buchhypothek soll abgetreten werden; sie ist aber im Grundbuch noch nicht überschrieben; mit Zustimmung des Gläubigers klagt F als der angebliche (buchmässige) Erwerber auf Zahlung.[57])

Ein Wechselgläubiger A oder ein Hypothekar B haben ihre Rechte unter Aushändigung der Urkunden veräussert. Unter Verschweigung der Veräusserung klagt A bezw. B gegen den Schuldner bezw. den Eigentümer. Der Beklagte versäumt es, sich zu vergewissern, ob der Kläger die Urkunde noch besitzt. Der Indossatar bezw. Erwerber der Hypothek war mit der Klage durch den Veräusserer einverstanden.[58])

---

56) Sie sind auch mit Rücksicht auf das Reichsrecht gebildet, für welches, wie in § 68 darzulegen ist, das Prinzip ebenfalls gilt. Die Bemerkungen in den folgenden Noten sollen sogleich zeigen, wie bedeutungsvoll das Prinzip auch in Zukunft ist, obgleich eine sehr weitreichende Wirkung der Prozessführung des Nichtberechtigten sich bereits aus anderen speziellen Vorschriften ergibt. Vgl. § 68, bes. S. 509.

57) Im Reichsrecht würde der Gegner in allen diesen Fällen geschützt sein, wenn der Berechtigte ihm den (nicht erfolgten) Rechtsübergang angezeigt hätte. Vgl. § 409, 413 BGB. und oben § 55, III. In den Fällen 2—4 wirkt die Rechtskraft trotz Zustimmung des Berechtigten nicht gegen einen dritten Rechtsnachfolger des Zustimmenden, der ohne Kenntnis der besonderen Rechtslage erworben hat.

58) Im Reichsrecht würde § 407 dem Beklagten keinen Schutz gewähren, weil er



1. Von zwei Miterben lässt der Eine es ruhig geschehen, dass der Andere sich als den Alleinerben ausgibt[59]) und den Prozess als solcher beginnt.[60]) — 2. Dem Erblasser des Schuldners ist von dem A und dem B ein Darlehn gegeben worden. Von A allein belangt, ersucht er den B um Aufklärung, ob die Behauptung des A wahr sei, dass dieser das Geschäft mit seinem (des Beklagten) Erblasser geschlossen habe, erhält von B, der die Klagerhebung wohl weiss, trotz abermaliger Anfrage keine Antwort.[61]) — 3. Der Eigentümer duldet es, dass der Entleiher oder Mieter unter der Behauptung, Eigentümer zu sein, wegen Sachbeschädigung auf Schadenersatz klagt.[62]) — 4. Ein Haus, an welchem der N Niessbrauch hat, wird durch eine von F verschuldete Brandstiftung zerstört; N lässt es zu, dass der Eigentümer unter Verschweigung des Niessbrauchs den vollen Schadensersatz einklagt.[63]) — 5. Eine Sache ist zu Faustpfand gegeben und wird gestohlen; der Pfandgläubiger lässt es zu, dass der Eigentümer gegen den redlichen Erwerber der Sache Klage auf Herausgabe[64]) erhebt und dabei die Verpfändung verschweigt.[65])

---

sich über den Besitz des Wechsels bezw. des Hypothekenbriefs hätte vergewissern müssen. Vgl. oben S. 396 7.

59) Wir nehmen an, dass er nicht durch (falschen) Erbschein legitimiert ist. Wäre es der Fall, so wäre der Gegner nach Reichsrecht auf Grund seines guten Glaubens geschützt, falls es sich um einen Prozess über Erbschaftsrechte handeln würde. Vgl. § 64.

60) Vgl. hierzu schon l. 31 D. 5, 1 verbis: nec enim quisquam alienam actionem in judicium invito coherede perducere potest.

61) Hier geben sonstige Grundsätze des Reichtsrechts keinen Grund für die Ausdehnung der Rechtskraft. Ist der Beklagte verurteilt, so würde man unter Umständen aus § 826 BGB. einen Anspruch auf Schadensersatz konstruieren können.

62) Das Reichsrecht gibt hier nur einen Schutz, wenn der Beklagte rechtskräftig verurteilt ist. Vgl. § 851 BGB. und oben § 59 a. E.

63) Ist der Niessbrauch eingetragen, so wäre der Niessbraucher nach Reichsrecht nicht gehindert, sein Niessbraucherinteresse einzuklagen, falls ihm nicht seine Zustimmung entgegenstehen würde. Anders, wenn der Niessbrauch aus dem Grundbuch nicht zu ersehen war (arg. § 893 BGB. oben § 60).

64) Auf Grund des § 1007 II oder des § 985 BGB.

65) Nach Reichsrecht steht der Anspruch auf Herausgabe zwar sowohl dem Eigentümer, als dem Pfandgläubiger und Niessbraucher zu. Solange aber die jura in re aliena bestehen, hat er den Anspruch nur so, dass er Herausgabe an den Berechtigten verlangen kann. (Dies ist zwar nur in § 869 bezüglich des Besitzanspruchs und in § 986 I Satz 2 nur für einzelnen Fall gesagt, ist aber zu verallgemeinern.) Gestattet der Pfandgläubiger dem Eigentümer, die Herausgabe an ihn selbst zu begehren und wird die Klage als unbegründet abgewiesen, so ist der Pfandgläubiger infolge seiner Zustimmung an den Prozess gebunden.

Auch im Hinblick auf Verschweigung bestehender oder auf Fingierung nicht bestehender Verwaltungsrechte lassen sich Anwendungen des Prinzips denken. Der Testamentsvollstrecker duldet es z. B., dass der Erbe ein der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegendes Recht (§ 2211/2) einklagt; oder umgekehrt: der Testamentsvollstrecker klagt mit Zustimmung des Erben aus einem Rechte, welches seiner Verwaltung nicht unterliegt.[66]) — Eine Sache, die zum Vorbehaltsgut der Ehefrau gehört, und auch entsprechend im Güterregister eingetragen ist,[67]) wird von X beschädigt. Mit Billigung der Ehefrau klagt der Ehemann die Forderung der Frau gemäss § 1380 BGB. ein. — Mann und Frau geben sich, ohne dass ein Eheschluss stattgefunden hat, als Eheleute aus; im Standesregister findet sich kein entsprechender Eintrag;[68]) sie haben bekannt gegeben, dass sie in Gütergemeinschaft leben. Nun klagt — ebenfalls mit Billigung der Frau — der Ehemann auf Rückzahlung eines von der angeblichen Frau gegebenen Darlehns.

Solche Beispiele liessen sich leicht vermehren. Die angegebenen werden aber genügen, um die praktische Bedeutung der erörterten Frage zu illustrieren und zugleich zu zeigen, zu welch unbefriedigenden Resultaten es führen würde, wenn wir des von den römischen Juristen mit sicherem Blick gefundenen Prinzips entbehren müssten und in solchen Fällen die Wiederholung des Prozesses zu gestatten hätten. Die l. 63 D. 42, 1 gibt hier die einfache Entscheidung: scienti et consentienti aut non prohibenti res judicata nocet, sed non prodest.[69])

---

66) Die Unkenntnis des Gegners kommt nur in Betracht, wenn sie in Übereinstimmung mit einem Zeugnis (§ 2367) steht. Vgl. oben § 64 a. E., § 65 II.

67) Deshalb kommt § 1435 BGB. nicht in Betracht. Vgl. oben § 61.

68) Deshalb kommt § 1344 BGB. nicht in Betracht.

69) Eine interessante Frage ist noch folgende. Es hat jemand das Recht, die Übertragung eines Rechts zu fordern. Ehe er die Übertragung erhalten hat, klagt er mit der Behauptung, sie sei geschehen. Der Gegner beanstandet diese Behauptung nicht und erzielt die Abweisung der Klage. Jetzt klagt der Kläger abermals, nachdem ihm das Recht übertragen ist. Im allgemeinen steht ihm die Rechtskraft ebensowenig entgegen, wie dem Auctor, wenn dieser klagen würde. Hatte aber der Auctor seine Zustimmung gegeben, so wirkt das Urteil gegen ihn und deshalb auch gegen den Erwerber (§ 325 I CPO.). Fraglich bleibt deshalb nur der Fall, wenn der Auctor nichts von dem Prozess wusste. M. E. ist zu sagen, dass ihm die Rechtskraft entgegensteht. Hätte er als der Noch-nicht-Berechtigte verfügt, so würde die Verfügung konvalescieren. So erhält auch die Prozessführung die entsprechende Wirkung. (Nicht entgegen steht das oben S. 145/7 Ausgeführte; denn dort handelt es sich um ein anderes Recht, während hier vorausgesetzt wird, dass der Kläger das seinem Vorgänger zu-

So ist es denn auch durchaus zu billigen, wenn die ganz überwiegende Ansicht [70]) für das gemeine Recht die l. 63 als geltendes Recht betrachtet. Auch das Reichsgericht hat sie angewendet, indem es in ihr den Ausdruck des allgemeinen Gedankens findet, „dass, wer eine Sache, die er selbst zum gerichtlichen Austrage zu bringen berufen war, einen Anderen als dessen Sache zum Austrag bringen lässt, [71]) es nicht ablehnen könne, das Urteil in der Sache als ein auch ihm gesprochenes anzuerkennen".

§ 68.

b) Wirksamkeit der Zustimmung zur Prozessführung des Nichtberechtigten nach Reichsrecht.

Wir gelangen nun zu der Frage, ob auch nach dem neuen Recht die Prozessführung des Nichtberechtigten infolge der Zustimmung des Berechtigten gegen diesen wirkt.

I. Die Motive zum ersten Entwurf lehnen diese Ausdehnung als bedenklich ab. In der That würde sie de lege ferenda sehr bedenklich sein, wenn die l. 63 D. 42, 1 in dem Savignyschen, von den Motiven angenommenem Sinne [1]) zu verstehen wäre, und de lege lata würde sie ohne besondere Vorschrift nicht zu verteidigen sein. In dem hier ver-

---

stehende Recht als ein bereits auf ihn übergegangenes zum Gegenstand der Aburteilung machte.) — Analog ist folgende Situation: der Ehemann hat ein der Frau zustehendes Recht gemäss § 1380 BGB. eingeklagt, ohne dass das Urteil Rechtskraft gegen die Frau machte (weil sie nicht zugestimmt hat). Nun beerbt der Mann die Frau und klagt wiederum.

70) Abweichend Wach, Handb. I S. 655 Note 29, weil ein prohibere mit der Folge der denegatio actionis dem heutigen Recht unbekannt sei (vgl. Note 33). Ebenso Mendelssohn-Bartholdy S. 372 Note 2. Geib (Note 33) billigt die Wachsche Interpretation des prohibere, nimmt aber gleichwohl an, dass die l. 63 noch gilt.

71) Die Entscheidung (Bd. 36 Nr. 14 S. 56; I. Sen.) setzt hier hinzu: „sich also thatsächlich von diesem anderen vertreten lässt". Das ist der schon oft bekämpfte Vertreterbegriff, der dadurch nicht annehmbarer wird, dass von einer thatsächlichen Vertretung gesprochen wird. Gibt es auch eine nicht-thatsächliche Vertretung? — In dem von dem Gerichtshof entschiedenen Fall handelt es sich übrigens um einen Thatbestand, der nicht unter die l. 63 fällt. Der Indossatar ist, auch wenn er nur für Rechnung des Indossanten handelt, der Wechselberechtigte. Vgl. dazu oben § 43, bes. S. 303.

1) Vgl. oben § 67 Note 54.



teidigten Sinne ist sie aber nicht nur nicht bedenklich, sondern unbedingt nötig und auch wohl zu rechtfertigen.

Eine entgegenstehende Bestimmung enthält das Gesetz nicht.[2]) Ich würde zu der Behauptung der Fortdauer des Grundsatzes schon im Wege der Analogie gelangen. Denn wenn der gute Glaube an die Berechtigung zur Prozessführung die Wirkung hat, die wir oben § 66 darlegten, so muss die Zustimmung des Berechtigten zur Prozessführung des Nichtberechtigten um so mehr die Folge haben, dass das wirkliche Subjekt des abgeurteilten Rechtsverhältnisses sie gegen sich gelten lassen muss. Prozessführung und Verfügung sind zwar, wie hier genügend oft betont sein dürfte, sehr verschiedene Dinge. Wenn aber die Macht zur Verfügung in gewissen Fällen durch den guten Glauben, generell aber durch die Zustimmung entsteht und wenn der gute Glaube in dem Umfang, in dem er zu Gunsten des Gutgläubigen die Verfügungsmacht verleiht, auch die Prozessführung wirksam sein lässt, so muss das Entsprechende auch von der Zustimmung gelten.

Nach der Auslegung, die ich dem Abs. 2 des § 325 CPO. gebe, ist aber die Frage positiv durch das Gesetz entschieden. Denn er bestimmt ja, dass die Grundsätze über den Erwerb vom Nichtberechtigten entsprechende Anwendung auf die Prozessführung finden.[3])

Aus anderen, als den angegebenen Gesichtspunkten lässt sich die Rechtskrafterstreckung nicht rechtfertigen, namentlich nicht aus dem Gesichtspunkt der Arglist. Die früheren Erörterungen, namentlich auch die auf S. 504 f. angegebenen Beispiele haben allerdings gezeigt, dass in dem Verhalten des Berechtigten eine Arglist liegen kann und dass solche zuweilen wohl auch das Motiv für ihn sein wird. Allein selbst wenn die Arglist einen Grund für die Erstreckung der Rechtskraft abgeben könnte, so würde man auf diesem Wege zu ihr doch immer nur dann gelangen, wenn der Gegner des Nichtberechtigten über diejenigen Thatumstände getäuscht wäre, welche den Nichtberechtigten anscheinend als im Besitze der Sachlegitimation befindlich erscheinen liessen. Das sind aber nur die Fälle des Duldens der Prozessführung des Nichtberechtigten.

---

2) Trotzdem wird das Gewicht der Motive wohl viele abhalten, sich unserer Ansicht anzuschliessen. In Anspr. u. Klagr. S. 310 Note 28 bin ich selbst noch der entgegengesetzten Ansicht gefolgt.

3) Vgl. § 66, III.

Demnach würde die Wirkung überall da cessieren, wo der Gegner in Kenntnis der wahren Sachlage war und der Berechtigte die Zustimmung zur Prozessführung an den Gegner erklärt hat.[4]) Zudem würde der einheitliche Gesichtspunkt verloren gehen, der alle einschlägigen Fälle (ausdrückliche oder stillschweigend erklärte Zustimmung, Zustimmungserklärung an den Gegner oder an den Prozessführer) vereinigt und solche Prozessführung hinwiederum mit derjenigen, die auf Grund des guten Glaubens des Gegners gegen den Berechtigten wirkt, unter einen noch höheren Gesichtspunkt fallen lässt, nämlich den Gesichtspunkt der Korrespondenz der Verfügungsmacht und Prozessführungsmacht.

Der Hauptgrund aber ist, dass die Arglist überhaupt nicht als Grund für die prozessuale Wirkung, um die es sich handelt, betrachtet werden kann.[5]) Sie kann höchstens den Grund für die Verpflichtung abgeben, den Schaden, der dem Gegner durch das dolose Verhalten des Berechtigten und Nichtberechtigten entstanden ist, zu ersetzen.[6])

II. Auf die Einzelheiten wird nicht noch einmal eingegangen, weil die Darstellung des gemeinen Rechts (S. 500 f.) gleich so gestaltet wurde, dass hier auf die früheren Ausführungen verwiesen werden kann.

Die erörterte Frage verliert dadurch etwas an praktischer Bedeutung, dass in vielen von den Fällen, die nach gemeinem Recht ihre Entscheidung auf Grund der l. 63 D. 42, 1 zu finden hatten, nunmehr konkurrierend andere Bestimmungen des Reichsrechts in Betracht kommen, welche es ganz zweifellos machen, dass die Rechtskraft dem wirklichen Berechtigten entgegensteht.

Macht der Autor ein von ihm übertragenes Recht noch als ihm gehörig geltend oder wird gegen ihn als den bisherigen Inhaber des Rechts

---

4) Wenn man sagen würde, solche Fälle kämen in Wirklichkeit nicht vor, so muss dies bestritten werden. Es ist nicht nur denkbar, dass der Berechtigte und der Nichtberechtigte ein Interesse daran haben, dass der letztere als der über die einschlägigen Verhältnisse besser Orientierte den Prozess führt, sondern man kann sich auch leicht vorstellen, dass der loyale Gegner den Wunsch hat, mit dem Rechtsvorgänger zu prozessieren, z. B. weil er mit ihm kontrahiert hat, oder weil dieser aus anderen Gründen als Prozessgegner mehr genehm ist, als der jetzige Berechtigte, so z. B. weil jener de veritate zu schwören hat. So ist es denkbar, dass der Gegner, obwohl die Veräusserung ihm bekannt ist und nicht rückgängig gemacht wird, gern auf die Proposition, mit dem Autor zu prozessieren, eingehen wird, dass er, obwohl er weiss, dass der Vertreter mit Vollmacht kontrahiert hat, lieber mit ihm, als mit dem Geschäftsherrn prozessiert u. s. w.

5) Vgl. die Begründung in § 43 S. 302 f.

6) Vgl. das Beispiel in § 67 Note 61.



eine Klage erhoben, so kommt es auf die Zustimmung des Rechtserwerbers nicht an, wenn der Gegner nach Massgabe des § 407, 412, 413 BGB. wegen seiner Unkenntnis des Rechtsübergangs geschützt ist.[7])

Lässt der Berechtigte einen Anderen, als seinen Rechtsvorgänger, als den Berechtigten prozessieren, so ist wiederum die Zustimmung zur Führung des Rechtsstreits irrelevant, wenn der Berechtigte dem Gegner den Rechtsübergang mitgeteilt hat und der Empfänger solcher Mitteilung schon auf Grund derselben nach §§ 409, 412/3 BGB. berechtigt ist, den Angezeigten solange als den Rechtsnachfolger zu behandeln, bis die Anzeige rechtswirksam zurückgenommen ist.[8])

Auch die übrigen bereits früher (§ 58—65) besprochenen Vorschriften können zu dem Ergebnis führen, dass bereits der gute Glaube des Gegners die Prozessführung des Nichtberechtigten dem Berechtigten gegenüber wirksam macht.

Immerhin behält auch für das Reichsrecht die erörterte Frage eine nicht unerhebliche Bedeutung.

Denn wenn man die oben S. 504 f. aufgestellten Beispiele durchgeht, so ergibt sich einerseits, dass eine ganze Reihe von ihnen unter keine der Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens fällt. Um Wiederholungen zu ersparen, ist hierauf bereits a. a. O. aufmerksam gemacht worden. Anderseits ist noch besonders darauf hinzuweisen, dass jene Vorschriften zu keiner Erstreckung der Rechtskraft führen, wenn ich den Besitzer einer Sache mit der Behauptung, er sei nicht der Eigentümer, mit der Eigentumsfeststellungsklage belangt habe.[9]) Wohl aber schadet das Urteil dem Eigentumsprätendenten, wenn er, anstatt selbst zu prozessieren, einen Anderen (sei es seinen Rechtsvorgänger, sei es denjenigen, der sich als der Nachfolger des Prätendenten ausgibt) als den Berechtigten im Prozess auftreten lässt.

---

7) Vgl. oben § 56 f.
8) Vgl. oben § 55, III.
9) Vgl. oben S. 422, 430.

§ 69.

III. Zustimmung zur Prozessführung des Berechtigten oder des Inhabers eines Verwaltungsrechts.

I. Von der Zustimmung zur Prozessführung des Nichtberechtigten ist die Zustimmung zu unterscheiden, welche in dem Reichsrecht in anderen Fällen teils direkt als Grund der Rechtskraftausdehnung vorgeschrieben, teils im Wege der Analogie als ein solcher Grund anzusprechen ist.

1. Wir fassen zunächst diejenigen Fälle in das Auge, in denen dem Subjekt des abzuurteilenden Rechtsverhältnisses das Recht zur Verwaltung seines Vermögens (nicht: die Geschäftsfähigkeit) entzogen [1]) ist. Als prozessfähiger Berechtigter würde eine solche Person an sich auch befähigt sein, über ihre Rechtsverhältnisse zu prozessieren; aber mit dem Verwaltungsrecht hat sie das Recht zur Prozessführung [2]) verloren. Zweifellos ist es nun, dass in Beziehung auf Rechtsgeschäfte (des Civilrechts) dieser Mangel gehoben wird, wenn die Entziehung des Verwaltungsrechts im Interesse bestimmter Personen [3]) geschah und diese ihre Einwilligung oder Genehmigung zu der Verfügung erklären. Nach dem Zusammenhang, der zwischen der Macht zur Verfügung und zur Prozessführung besteht, muss die Konsequenz sein, dass auch die Prozessführung vollwirksam ist, wenn sie mit Zustimmung der betr. dritten Person erfolgt.

In der That hat das BGB. die einschlägigen Fragen in dieser Weise in den §§ 1395/6 einerseits und in dem § 1400 II anderseits bezüglich der Aktivlegitimation der im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehefrau geregelt. Klagt die Frau ohne die Zustimmung des Mannes, so ist sie abzuweisen; sie prozessiert gültig und mit Wirksamkeit gegen den

1) Also nicht nur um ein Veräusserungsverbot handelt es sich. Vgl. § 14 a. E.

2) Die Sachlegitimation in dem oben S. 157 bezeichneten weiteren Sinne.

3) Anders also, wenn die Entziehung im öffentlichen Interesse geschah, wie bei der Beschlagnahme des Vermögens eines flüchtigen Verbrechers (StPO. §§ 332/4). Nicht diesen absoluten Charakter hat die Beschlagnahme, die nur zur Sicherung der Staatskasse wegen ihrer Geldforderungen ausgesprochen wird (StPO. § 326, vgl. nam. Abs. 2 „der Staatskasse gegenüber nichtig“).

Mann,[4]) wenn dieser einwilligt oder genehmigt oder wenn das Gesetz aus besonderen Gründen die Frau von der Notwendigkeit der Zustimmung befreit.[5])

Hierin muss ein allgemein anwendbares Prinzip gefunden werden. So scheint es mir z. B. sicher, dass die Prozessführung des Erben über ein von dem Testamentsvollstrecker zu verwaltendes Erbschaftsrecht vollwirksam ist, wenn der Testamentsvollstrecker seine Zustimmung gegeben hat.[6]) Ebenso prozessiert die in Gütergemeinschaft lebende Frau über das Gesammtgut mit Wirkung gegen den Mann, wenn das Gesetz ihr aus besonderen Gründen die Macht zur Besorgung der gemeinschaftlichen Angelegenheiten verleiht oder wenn der Mann ihrer Prozessführung zugestimmt hat.[7])

Nicht nur das rechtskräftige Urteil, sondern auch der Prozessbeginn wirkt gegen den Zustimmenden. Hat z. B. die Frau mit Zustimmung des Mannes die Klage erhoben, so steht diesem, wenn er pendente lite über dasselbe Recht einen Streit beginnt, zwar nicht die prozesshindernde Einrede der Rechtshängigkeit, wohl aber eine Prozesseinrede entgegen, deren Begründetheit zur Klagabweisung führt.

2. In einigen Fällen ist die Rechtslage ganz besonders geregelt, insofern dem Subjekt eines Vermögens zwar das Recht zur Prozessführung (über ihre eigenen Rechtverhältnisse) belassen, dieser aber im Interesse eines Dritten diejenige Wirkung genommen ist, welche ihr der Regel nach zukommen müsste. Diese exzeptionelle Regelung findet sich

a) in Beziehung auf das Rechtsverhältnis des Vorerben zum Nacherben. Da der letztere der Rechtsnachfolger des Vorerben ist, so würde in Ermangelung einer besonderen Vorschrift der § 325 I CPO. durchweg

---

4) Da die Frau prozessfähig ist, so ist ein Urteil, welches über ihre nicht konsentierte Klage unter Übersehung des Mangels der Aktivlegitimation entscheidet, für die Frau selbst bindend. Näher Anspr. u. Klagr. S. 314/5.

5) Vgl. die Citate in Note 12 S. 59.

6) Über den Fall, dass der Erbe wirksam prozessiert, weil der Gegner auf Grund des Glaubens an einen die Testamentsvollstreckerschaft nicht erwähnenden Erbschein ihn für sachlich legitimiert hielt, vgl. oben § 64, V, 2.

7) Über diese streitige Frage vgl. Anspr. u. Klagr. S. 341. Bei ihr spielt noch ein zweites Moment mit, nämlich der (im allgemeinen unter 3 des Textes zu würdigende) Umstand, dass die Frau hier ja nicht nur über ihre Rechtsverhältnisse, sondern auch über die Rechte des Mannes prozessiert. Dem Satz des Textes liegt die Ansicht zu Grunde, dass die Frau ebenfalls, aber erst in zweiter Linie zur Besorgung der gemeinschaftlichen Angelegenheiten berufen ist.



Platz greifen, wenn nicht durch die besondere Vorschrift des § 326 die Rechtskraftausdehnung erheblich eingeschränkt wäre.[8]).

b) Ebenso findet sich jene besondere Gestaltung in Beziehung auf das Verhältnis zwischen der Ehefrau und dem im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehemann. Soweit die Frau Verbindlichkeiten eingeht, entsteht daraus an und für sich[9]) auch eine Verbindlichkeit des Mannes.[10]) Deshalb würde in Ermangelung einer besonderen Vorschrift auch die Feststellung einer Verbindlichkeit der Frau die Wirkung haben, dass der Mann gegen seine eigene Haftung Einwendungen, die nicht in seiner Person begründet sind, nur insoweit geltend machen könnte, als sie von der Frau erhoben werden könnten.[11]) Wie aber nach Eintritt der Verwaltungsgemeinschaft dem Verpflichtungsgeschäfte der Frau die Wirkung gegen den Mann genommen ist, falls er nicht zugestimmt hat,[12]) so ist auch der Prozessführung der Frau über ihre Verpflichtungen regulär die Wirkung gegen den Mann entzogen.[13])

In Beziehung auf diese beiden Situationen würde nun schon per argumentum a majore ad minus aus dem unter 1 Ausgeführten folgen, dass das gegen den Vorerben und die Frau ergangene Urteil gegen den Nacherben und den Mann durch deren Zustimmung wirksam wird. Denn wenn diese sogar die Entziehung des Verwaltungsrechts unschädlich macht, so muss sie um so mehr wirksam sein, wenn die dem Prozessführer im Interesse des Dritten auferlegte Beschränkung von geringerer Stärke ist.

Bezüglich der Wirkung der Zustimmung des Ehemanns ist das Gesagte durch das Gesetz ausser allen Zweifel gestellt: die gegenüber der Frau ergangenen Urteile haben Wirkung gegenüber dem Mann, wenn er zugestimmt hat oder wenn seine Zustimmung aus besonderen Gründen überflüssig ist.[14]) Dagegen ist der Gläubiger nicht gehindert,

8) Vgl. oben §§ 32/3.

9) Der § 1412 erscheint als eine Ausnahme von der Regel des § 1411.

10) Dies deshalb nicht weniger, weil er nicht unbeschränkt haftet, vgl. BGB. § 1411, oben § 45.

11) Es wäre ebenso, wie bezüglich des Gesellschafters und der Gesellschaft nach § 129 I HGB.: was die Gesellschaft schuldet, schuldet auch der Gesellschafter (§ 128). Hier ist die Mithaftung eine persönliche (d. h. unbeschränkte) Gesammthaftung für das, was der Gläubiger von der Gesellschaft zu fordern hat.

12) BGB. § 1412, vgl. § 1399.

13) Vgl. zum Ganzen auch oben S. 58/9.

14) Vgl. BGB. §§ 1400 I, 1401, 1405. Da die Zustimmung auch nachträglich er-

während des gegen die Frau schwebenden Prozesses die Klage gegen den Ehemann („auf Duldung der Zwangsvollstreckung“, CPO. § 739) zu erheben.[15])

Nach dem Gesagten erscheint es mir sicher, dass auch gegen den Nacherben infolge seiner Zustimmung die Prozessführung[16]) des Vorerben voll wirksam ist. Die Situation ist ganz wesensgleich, wie auch die Denkschrift zur Novelle (zu § 293^{d}) ausdrücklich bestätigt, indem sie auf den § 1380 BGB. als das Vorbild des § 326 CPO. Bezug nimmt. Bestätigt wird dies Ergebnis, wie bereits früher (§ 33 Note 43) hervorgehoben wurde, durch § 728 CPO., der die Möglichkeit einer gegen den Nacherben zu erteilenden vollstreckbaren Ausfertigung voraussetzt, obwohl der § 326 CPO. eine Ausdehnung der Rechtskraft der Verurteilung des Vorerben nicht statuiert. Ein anderer Grund, als die Zustimmung, kann aber für die Rechtskraftausdehnung (gegen den Nacherben als solchen) nicht gedacht werden.[17])

3. Eine dritte Gruppe umfasst diejenigen Fälle, in welchen das Gesetz einem Nichtberechtigten das Recht, über fremde Rechtsverhältnisse zu prozessieren, verleiht und seiner Prozessführung ausnahmsweise die Wirkung gegen das Vermögenssubjekt genommen ist, welche ihr als

---

teilt werden kann und in der Berufung des Mannes auf die Rechtskraft enthalten ist, so ergibt sich, dass der Gläubiger abzuweisen ist, wenn er gegenüber der Frau unterlegen ist. Bestätigend § 739 CPO., insofern er einen Doppeltitel fordert. Die Polemik von Mendelssohn-Bartholdy S. 368 Note 1 (gegen Anspr. u. Klagr. S. 325) ist, wie obige Ausführungen und das früher in § 6 S. 49f. Gesagte ergeben dürften, nicht begründet.

15) Anders würde es sein, wenn die Prozesseinrede der Rechtshängigkeit (CPO. § 263) begründet wäre. Aber diese setzt Identität der Parteien voraus. So ist denn auch der Gläubiger der Gesellschaft durch die ihr gegenüber begründete Rechtshängigkeit nicht gehindert, gegen die Gesellschafter (HGB. § 128) zu klagen. Ebenso kann der Kläger bei Veräusserung des Beklagten (CPO. § 265) gegen den Erwerber klagen. Hier zeigt sich die praktische Bedeutung der schon oft berührten Streitfrage.

16) Nicht nur das Urteil. Vielmehr bewirkt die einmal gegebene Zustimmung des Nacherben, dass der § 242 CPO. auch insoweit analoge Anwendung findet, als es sich um Prozesse handelt, auf welche er sich nach seinem Wortlaut nicht bezieht. Hierauf kann sich auch der Gegner berufen. — Dass der Nacherbe den Prozess, der an sich nicht unter § 242 fällt, übernehmen darf, ohne dass der Vorerbe und der Gegner widersprechen können, wurde bereits oben S. 234/5 verteidigt. Erklärt der Nacherbe seinen Übernahmewillen, so liegt darin die nachträgliche Zustimmung zur Prozessführung. Von diesem Gesichtspunkt aus erhält das früher Gesagte eine noch festere Grundlage.

17) Darüber, dass die Vollstreckbarkeit hier die Rechtskrafterstreckung voraussetzt, vgl. oben S. 49f.



Konsequenz des Verwaltungsrechts an sich zukommen würde.[18]) In dieser exzeptionellen und in sich widerspruchsvollen Weise ist das Verwaltungsrecht des Ehemanns in § 1380 BGB. geregelt. Seine Prozessführung [19]) wirkt für und gegen die Frau, wenn er der Zustimmung nicht bedarf oder wenn er sie erhalten hat. Dies folgt, wenn man die Frage im Zusammenhang aller der behandelten Fälle betrachtet, so sehr von selbst, dass wir die Wiederholung der Argumente unterlassen können.[20])

II. Übersieht man die in diesem Paragraphen behandelten Fälle und vergleicht man sie mit den in § 68 betrachteten, so ergibt sich vieles Gemeinsame, aber auch erhebliche Unterschiede sind nicht zu verkennen.

1. Letztere liegen darin, dass die Zustimmung, von welcher früher die Rede war, einen Dritten, der in keiner Beziehung zu dem abgeurteilten Rechtsverhältnis steht, befähigt, mit Wirkung gegen sein Subjekt zu prozessieren. In diesem Paragraphen behandelten wir solche Fälle, in denen das Subjekt des Rechtsverhältnisses oder ein solcher Dritter prozessiert, der das Verwaltungsrecht und somit das Prozessführungsrecht hat. Die Zustimmung hat hier nur die Bedeutung, dass ein Mangel beseitigt wird, der auf einer im Interesse des Zustimmenden gegebenen Vorschrift beruht und die Rechtskraftwirkung, die nach der Regel eintreten würde, verhindert. Auf diesem Unterschied beruht es auch, dass die Zustimmung in den Fällen dieses Paragraphen auch die Wirkung hat, dass das Urteil für den Zustimmenden Wirkung erhält.[21]) In dem § 326 CPO. ist sogar die Zustimmung in dieser Beziehung nicht einmal erforderlich: das günstige Urteil wirkt eo ipso Rechtskraft zu Gunsten des Nacherben.[22]) In den übrigen Fällen ist diese für den Gegner höchst ungerechte Regelung nicht beliebt.[23]) Ohne Zustimmung hat das Urteil

18) In § 1443 BGB. ist die Erstreckung der Rechtskraft auf die Frau nicht ausgesprochen. Sie wird aber von keiner Seite bezweifelt. Indirekt findet sie sich bestätigt in § 744 CPO., indem hier die definitive Vollstreckbarkeit gegen die Frau anerkannt ist, vgl. oben § 6 S. 49—51.

19) Nicht nur das Urteil, vgl. Anspr. u. Klagr. § 45 über den Fall der Beendigung der Verwaltungsgemeinschaft. Dort § 48 über die Beendigung der Gütergemeinschaft.

20) Vgl. oben S. 58 und Anspr. u. Klagr. S. 307 f., namentlich über die abweichende Meinung der II. Kommission (Bd. 4 S. 172) und von Planck, Erl. 3 zu § 1380.

21) Vgl. dazu den Gegensatz in § 66 a. E.

22) Vgl. oben S. 230 f.

23) In der II. Kommission war das gleiche, wie es später § 326 CPO. bestimmt hat, für die Fälle des § 1380 beantragt (Prot. Bd. 4 S. 172/3).

allemal nur Wirkung inter partes. Wird sie erteilt, so wirkt das Urteil in allen Teilen und ohne Rücksicht auf seinen günstigen oder ungünstigen Inhalt gegenüber dem Zustimmenden. Allerdings ergibt sich hieraus für den Dritten die Möglichkeit, dass er je nach dem Ausgang des Prozesses seine Zustimmung erteilt oder verweigert. Aber dies ist eine Konsequenz der Regelung, welche das Gesetz den in Frage stehenden Verhältnissen gegeben hat. Ist die Zustimmung in Fällen des § 1400 von der bezeichneten Wirkung,[24]) so ergibt sich von unserem Standpunkt aus das gleiche auch in allen anderen Fällen.

Aus der hervorgehobenen Besonderheit der Fälle, um die es sich in diesem Paragraphen handelt, beruht es auch, dass ebenso, wie die Zustimmung zur Prozessführung, diejenige Zustimmung wirkt, welche dem Prozessführer zur freien Verfügung über das von ihm zum Gegenstand des Prozesses gemachte Recht oder zur beliebigen Eingehung von Verbindlichkeiten erteilt ist.[25])

2. Gleich ist in allen Fällen der §§ 67/8 und dieses Paragraphen der rechtliche Charakter der Zustimmung insofern, als sie nicht die Erklärung ist, dass man sich dem Urteil unterwerfe; sondern diese Wirkung knüpft das Gesetz an die Zustimmung zur Prozessführung.[26]) Sie ist eine Prozesshandlung und man kann ihr diese Natur nicht deshalb bestreiten, weil sie schon vor Anhängigkeit des Prozesses vorgenommen werden kann.[27])

Da die Zustimmung auch stillschweigend erteilt werden kann, so ist es möglich, dass sie auch in den Fällen dieses Paragraphen dadurch gegeben wird, dass der Zustimmende von dem Prozess weiss und unthätig bleibt. Voraussetzung ist aber, dass der Prozessführer „gehindert“ werden könnte, den Prozess durchzuführen. Das Hindern wird hier in dem Sinne genommen, in welchem die l. 63 D. 42, 1 von dem prohibere spricht;[28]) es ist deshalb in Beziehung auf die unter I, 2, 3 besprochenen Fälle nicht möglich und in den Fällen unter I, 1 nur soweit, als es sich um Aktivprozesse handelt. Duldet der Ehemann, dass die Frau unter

---

24) Dies erkennt auch Planck, Erl. 3 zu § 1400 an.

25) Besonders bezeichnend § 1405 BGB. Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 311 Nr. 4, S. 327/9, auch S. 340f.

26) Vgl. darüber oben § 67 in und bei Note 46.

27) Man denke an den Prorogationsvertrag (CPO. § 38).

28) Vgl. § 67 S. 498/9.

Verschweigung des Mangels ihrer Sachlegitimation (§§ 1400 II, 1442) prozessiert, lässt es der Testamentsvollstrecker zu, dass der Erbe eine Erbschaftsforderung einklagt und sich dabei als Inhaber des (dem Testamentsvollstrecker zustehenden) Verwaltungsrechts geriert, so liegt in dem scire und non prohibere die Zustimmung und der Schweigende wird hier so wenig, wie sonst,[29]) mit der Behauptung gehört, er habe keinen Zustimmungswillen gehabt.

III. Verschieden von der behandelten Zustimmung zur Prozessführung ist die Zustimmung in den Fällen, in denen ein Berechtigter auf eine Leistung klagt, die er zwar fordern kann, die aber wegen einer privatrechtlichen Beschränkung seines Rechtes nicht an ihn zu machen ist, wenn der Schuldner gegenüber einem Dritten liberiert werden soll. Gibt der Dritte, zu dessen Gunsten der Gläubiger durch ein Veräusserungsverbot,[30]) durch das Schweben einer Bedingung,[31]) durch die Anordnung der Nacherbschaft,[32]) durch die Existenz eines Anfechtungsrechts[33]) verhindert ist, die Leistung an ihn selbst zu fordern — gibt ein solcher Dritter seine Zustimmung dazu, dass der Gläubiger unter Ignorierung der Beschränkung einfach auf Leistung klagt, so liegt in solcher Zustimmung ein materielles Rechtsgeschäft, welches dieselbe Wirkung hat, als wenn die Zustimmung aussergerichtlich zur Erhebung der Leistung gegeben wäre.[34]) — Gibt die Ehefrau dem Manne die Zustimmung, dass er eine (nicht auf Leistung von verbrauchbaren Sachen gerichtete) Forderung mit dem Antrag auf Verurteilung zur Leistung an ihn selbst einklagt, so hat hier die Zustimmung sowohl die eben dargelegte als die vorher (I, 3) besprochene Bedeutung.

---

29) Vgl. die Beispiele in § 67 Note 27—32.

30) Vgl. oben S. 108 Note 13.

31) Vgl. oben S. 110 Note 3, 114 unter 2.

32) § 2114, vgl. oben S. 236.

33) Vgl. oben S. 119 Note 20.

34) Vgl. hierzu Anspr. u. Klagr. S. 214 f. Die Betrachtung dieser Fälle und die Verkennung des Unterschieds, welcher zwischen der in ihnen vorkommenden Zustimmung zur Einziehung und der Konsentierung der Prozessführung obwaltet, waren der Grund, aus welchem ich früher (a. a. O. S. 309) auch die letztere Zustimmung als materielles Rechtsgeschäft bezeichnen zu müssen glaubte.

§ 70.

Nachtrag zu §§ 4, 8 (Wirkung der Prozesse der Gemeinde auf die Gemeindeglieder).

Das Reichsrecht enthält keine Bestimmungen über die in der bisherigen Doktrin und Rechtsprechung streitige Frage, wie sich die Rechtskraftwirkung auf die Gemeindemitglieder gestaltet, wenn die Gemeinde einen Prozess über Rechte, welche die Mitglieder als solche haben, oder über Belastungen der ganzen Gemeindemark geführt hat.[1]) In der II. Kommission (Protokolle Bd. 3, S. 438 f.) wurde ein Antrag gestellt, die Frage zu regeln, jedoch fand er keine Annahme.

Danach entscheiden die allgemeinen Grundsätze. Die Beantwortung hängt wesentlich von der materiell-rechtlichen Gestaltung der einschlägigen Verhältnisse ab.

1. Führt die Gemeinde einen Prozess über Rechte des Gemeindevermögens oder Belastungen desselben oder über Verpflichtungen, die aus dem Gemeindevermögen zu erfüllen sind, so ist es selbstverständlich, dass das Urteil nur die Gemeinde, nicht aber die Mitglieder der juristischen Personen berührt. Eine erweiterte Wirkung kann sich nur aus den im einzelnen bereits erörterten Gründen ergeben.[2])

2. Handelt es sich aber um Rechte, welche den Gemeindemitgliedern als solchen zustehen, oder um Belastungen, welche nicht auf dem Gemeindevermögen, sondern auf den Grundstücken der Gemeinde m i t g l i e d e r ruhen, so ist es eine Verfassungsfrage, ob die zur Vertretung der Gemeinde berufenen Organe berechtigt sind, die Gesammtheit der Gemeindemitglieder in Beziehung auf Erwerb und Geltendmachung solcher Rechte oder gegenüber solchen Belastungen zu vertreten.[3]) Ist diese

---

1) Vgl. besonders G i e r k e, Genossenschaftstheorie S. 204 f. cum cit., D e r n b u r g, Pand. I § 61 Note 12, § 164 Note 3, E c c i u s I § 56 bei Note 42 f., B i n d e r S. 83 f.: Reichsgericht 4 S. 132, 7 S. 167, 14 S. 214. — Vgl. auch D e r n b u r g, BR. III § 141, § 179 Nr. 2.

2) Würde es Gemeindeverfassungen geben, nach welchen die Mitglieder für die jeweiligen Schulden der Gemeinde haften und aus ihr belangt werden können, so hätten wir eine Analogie zu §§ 128, 129 I HGB.

3) Eine weitere Frage ist, ob die Gemeindeglieder selbst die ihnen zustehenden Rechte einzeln verfolgen können. Verneinend z. B. preuss. Jagdpolizeigesetz vom 7. März 1850 (vgl. RG. 40 S. 271/2), bayrisches Jagdgesetz v. 30./3. 1850 Art. 4 („die politische Gemeinde übt das Jagdrecht namens der Grundeigentümer aus“).



hier nicht näher zu erörternde Frage zu bejahen, so versteht es sich wieder von selbst, dass das in solchem Prozesse gefällte Urteil Rechtskraft gegenüber den Vertretenen hat. Es ist dabei nur zu bemerken, dass das, was das Urteil bezüglich der Belastung der Gemeindemark im ganzen ausgesprochen hat, nicht auch für alle einzelnen Grundstücke gilt. Deshalb verstösst es nicht contra rem judicatam, wenn ein einzelnes Mitglied geltend macht, dass sein Grundstück aus einem besonderen Grunde von dem, was für die Gesammtheit gilt, ausgenommen sei.

3. Würde materiellrechtlich die Sache so liegen, dass die Gemeinde als solche oder eine sonstige juristische Person eine Gerechtigkeit hat, welche sie durch ihre Mitglieder ausüben lässt, ohne dass diese eigene Rechte haben,[4]) so kann der Prozess über das Recht nur von der Gemeinde geführt werden. Gegenüber dem Einzelnen könnte nur in Frage kommen ein Prozess auf Verbot der Nutzungshandlung oder auf Schadensersatz wegen Ausübung der von der Gemeinde prätendierten Rechte. Das wäre eine Situation, die unter die Bestimmung des § 77 CPO. fällt.[5]) Auch wenn der Verklagte selbst den Prozess durchführt, würde er alle Einwendungen gebrauchen können, die der Gemeinde zustehen, und denjenigen Einwendungen unterliegen, die gegen sie begründet sind.

---

4) In den Prot. III S. 439 wird die Bestellung von solchen beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten als zulässig betrachtet. Belastungen der Gemeindemark als solcher sind jedenfalls nicht mehr möglich.

5) Vgl. oben § 10 S. 73/4.

Alphabetisches Register.

Abholung (§ 867 BGB.) S. 342/3.
Abtretung von dingl. Ansprüchen S. 244 N. 14, — während des Prozesses § 56/7.
Abweisung der Klage auf konstitutives Urteil S. 4, wegen Mangels der Sachlegitimation S. 86 N. 23, 402 N. 15.
Aftermieter, Reflexwirkung S. 28/9, Rechtskraft S. 337, 352, 358.
Actio aquae pluviae arc. S. 329.
in rem § 48/9.
in rem scripta S. 331.
noxalis S. 329.
quod metus causa S. 329.
spolii S. 354 f.
Anfechtbarkeit, Begriff S. 119 f., obligatorisch wirkende S. 118.
— der Anzeige des § 409 BGB. S. 388/9.
— der Ehe S. 451.
— der Ehelichkeit S. 457.
— des Erbschaftserwerbs S. 458/9, 470 N. 20.
— Gründe der — S. 119 N. 19.
Anfechtung, Rechtsnachfolge als ihre Wirkung § 16 II.
Anfechtungsanspruch S. 366 N. 11.
Anfechtungsklage S. 120.
Anfechtungsprozess, Rechtskrafterstreckung § 54, insbesondere bei Gläubigeranfechtung S. 369 f.
Anfechtungsgläubiger, Rechtskraft über die zu vollstreckende Forderung S. 89 f.
Anzeige des Rechtsübergangs (§ 409) § 55 III.
Arrestpfändung, Überweisung zur Hinterlegung S. 80 N. 3, 84 N. 19.
Aufgabe des Grundstückseigentums S. 274 f.
Aufrechnung im Falle des § 407 BGB. S. 405 f., im Falle des § 265 CPO. S. 161 N. 38.
Ausschlagung der Erbschaft S. 205.
Ausschlussurteil, Wirkung S. 307.
Bedingung, Rechtsnachfolge bei der auflösenden — S. 111 f., bei der aufschiebenden S 109 f.
Beiladung S. 84, 367 N. 13a.
Bergregal S. 261/2.
Besitz, Rechtsnachfolge in den — § 36; kein Rückfall infolge Anfechtung S. 123/4.
Besitzansprüche § 50/2; Verhältnis von § 861 und § 1007 BGB. S. 343 f.; gegen Mieter S. 352; Streitbefangenheit S. 349 f.
Besitzdiener S. 338, 357.
Besitzmittler als Rechtsnachfolger S. 250 f., 336 f.; ihr guter Glaube S. 353/4.
Besteller von Pfandrecht und Niessbrauch §§ 59, 60.
Bürge, Rechtskraft S. 30, in eventum litis S. 317, Unterschied vom Schuldsuccessor S. 314.
Cautio damni infecti S. 329.
Constitutum possessorium S. 397.
Dingliche Ansprüche, Arten § 49, Streitbefangenheit S. 341/2, Abtretung S. 244, Übergang kraft Gesetzes S. 244, auf Unterlassung S. 340 f.
Duldung der Vollstreckung S. 316 f.
Eheanfechtbarkeit S. 451.
Eheanfechtungsklage, Rechtskraft S. 64.

Ehefeststellungsklage S. 67 f.
Ehegatten, Wirkung der Rechtsgeschäfte, wenn ein anderes Güterrecht gilt S. 433 f., der Prozessführung S. 437 f.; Stellung bei nichtiger Ehe § 62.
Ehefrau, Prozesse der — S. 58/9, § 69, im Falle des § 1405 III BGB. S. 414.
Ehelichkeit, Prozesse über — S. 70, ihre Anfechtbarkeit S. 457.
Ehemann, sein Verwaltungsrecht S. 57/8, Haftung mit dem eingebrachten Gut S. 315 f.
Ehenichtigkeit, Begriff S. 451 f., Klage wegen — S. 65.
Ehescheidung S. 3/4, 64/5.
Eigenmacht, Ansprüche wegen — § 50, 52, Erbenhaftung S. 353/4.
Eigentumsanspruch, mit Eigentum übergehend S. 244, gegen den mittelbaren Besitzer S. 252.
Einrede, Übergang S. 333 N. 6, wegen Anfechtbarkeit S. 119 N. 20, wegen bedingter Verfügung S. 111 N. 3, wegen Veräusserungsverbot S. 108 Note 11; s. auch Prozesseinrede.
Eltern- und Kindesverhältnis S. 70.
Ende der juristischen Person S. 149.
Erbe, Umfang der Rechtskraft § 20.
— und Vermächtnisnehmer S. 22.
— und Erbschaftsgläubiger S. 23.
Erbschaftsanspruch, Streitbefangenheit § 53.
Erbschein, materielle Bedeutung des unrichtigen — § 63, prozessuale §§ 64/5, ohne Angabe der Nacherbfolge S. 470, der Testamentsvollstreckerschaft S. 472; Bedeutung des rechtskräftigen Erbrechtsfeststellungsurteils S. 12 N. 31; bei fortgesetzter Gütergemeinschaft S. 475 f.
Erfüllungsgeschäfte als Verfügung S. 260 f., 460 N. 11.
Erfüllungsübernahme, R. bei — S. 318.
Erledigung des Rechtsstreits S. 147/8, S. 374 N. 39.
Ersitzung S. 277.
Familienfideikommiss § 34.
Fehlerhaftigkeit des Besitzes S. 354 f.
Feststellung im Konkurse S. 24 f.
Feststellungsinhalt der Verurteilung S. 5.
Fiduciarischer Erwerber als Partei S. 31, 39 f.; s. auch Indossament.
Freilassung als abgeleiteter Erwerb S. 271.
Gemeindeprozesse § 70.
Gemeinschuldner, Prozessführung S. 412.
Genehmigung, Datierung der Rechtsnachfolge S. 117, G. der Prozessführung §§ 67/9. S. auch Zustimmung.
Gesammtnachfolge, Fälle §§ 30/3, Umfang der Rechtskraft § 20.
Gesammtschuldner, accessorische S. 30.
Geschäftswirkung S. 435 N. 12.
Gesellschafter, Haftung S. 27/8, ihre Prozessführung (§ 720 BGB.) S. 409, Ein- und Austritt S. 207/8.
Gläubigeranfechtung, Rechtskraft S. 368 f., s. auch Anfechtung.
Grundbuch, Bedeutung für die Prozessführungsmacht § 60, Unkenntnis der Einträge im — S. 396.
Gütergemeinschaft S. 210, fortgesetzte S. 211 f., 475 f., im Falle des § 1435 BGB. S. 435/7, 441.
Guter Glaube, Wirksamkeit für die Prozessführung §§ 56—66, g. Gl. des Besitzmittlers S. 353/4.
Güterrechtsregister § 61.
Handelsgesellschaft als Partei S. 61/2.
Handelsgesellschafter, ihre Haftung S. 28, Ein- und Austritt S. 207/8.
Handelsregister S. 431.
Hauptintervention S. 265 N. 7, 498 N. 33, 501 N. 41, im Falle des § 407 BGB. S. 401.
Herleitung der Rechte vom Nichtberechtigten S. 103/4.
Hinterlegung nach § 75 CPO. S. 33 f.
Hypothek, Abtretung S. 391.
Hypothekarische Klage § 55, II.
Identität S. 19, § 5, bei Rechtsnachfolge S. 95.
Indossament, Natur S. 290/2; Rechtskraft gegen den Nachmann S. 292/7, gegen den Vormann nach Einlösung § 43; Rechtshängigkeit S. 297.
Inhaberpapiere § 44.
Inkassomandant S. 301 f.
Inkassomandatar S. 296.
In rem suam, Vertreter — S. 38.
Inter partes S. 18.
Judikatsobligation S. 17.

Juristische Person, Ende S. 203/4.
Jus ad rem S. 332 N. 17.
Jus facere S. 18.
Kenntnis der Rechtshängigkeit S. 195 f.
Klaganerkennung und Klagverzicht im Falle des § 265 CPO. S. 158, im Falle des § 407 BGB. S. 403, im Falle des § 1435 BGB. S. 445/6.
Kommittent S. 38 N. 14.
Konkurs, Feststellung einer Forderung S. 24 f.; Masse als Partei S. 61; Einfluss auf die Vertretungsmacht S. 100/1; Anfechtung 369 f.
Konstitutive Succession § 37.
" Urteile § 1.
Landesrecht über Rechtskraft S. 8/9.
Laudatio auctoris § 10.
Legitimus contradictor S. 53 f.
Lehen § 34.
Litigiösität s. Streitbefangenheit.
Materielle Rechtskraft § 2.
Miete von Grundstücken S. 243 N. 6, 329 N. 4, 394 N. 18; geschlossen vom Nichteigentümer S. 428.
Miterben, Veräusserung des Erbteils S. 208 f.
Nacherbe, als Rechtsnachfolger des Vorerben § 32; Rechtskraft § 33; seine Zustimmung zur Prozessführung des Vorerben S. 239, § 69 I, 2; Übernahme der Prozesse S. 235, 514 N. 16; Prozesse des Erb- lassers S. 233/4.
Nacherbfolge, nicht im Erbschein angegeben S. 470.
Nachlass als Partei S. 61.
Nachlassgläubiger S. 23.
Nachlasspfleger S. 61/2, 205 N. 8, 229 N. 13, 231 N. 25.
Nachlassverbindlichkeiten, nicht durch Vorerben einzugehen S. 228, Last (nicht Bestandteil) des Nachlasses S. 310 f.
Namensrecht, Rechtskraft S. 148 N. 11.
Nebenintervention, Rechtskraft? S. 32; in Verbindung mit Wiederaufnahmeklage § 26; im Falle l. 63 D. 42, 1 S. 501 N. 44.
Nebenrechte, Succession in — S. 243.
Negatorische Klage S. 340 N. 9, Streitbefangenheit S. 340 f.
Nemo plus juris transferre potest u. s. w. S. 103.
Nichtberechtigter, sein Verfügungsrecht S. 97, seine blosse Verfügungsmacht S. 98; Wirkung seiner Prozessführung gegen den Rechtsnachfolger § 27/9, gegen den wahren Berechtigten §§ 55—69 (Übersicht S. 476/9).
Nichtigkeit S. 116, der Ehe 451/2.
Niessbraucher, Wirkung seiner Prozessführung S. 43 f., Niessbrauch am Nachlass S. 37 N. 10, am ganzen Vermögen S. 315 f., 325/8.
Obligatio judicati S. 8 N. 20, 17.
Okkupation von derelinquierten Sachen S. 271 f.
Orderpapiere, civile S. 280/4, handelsrechtliche §§ 42/3.
Originärer Erwerb, infolge der Verfügung des Nichtberechtigten? S. 101 f.
Partei, Begriff S. 35 f., 157 f., 277 N. 24; in fremdem Interesse S. 38/9.
Petitorische Besitzrechtsklage S. 343 f.
Pfandgläubiger S. 43 f., l. 63 D. 42, 1 S. 492 f.
Pfändung von litigiösen Forderungen S. 171.
Pfändungspfandgläubiger, Mehrheit § 11.
Prätendentenstreitigkeiten S. 33 (§ 75 CPO.) und § 39.
Prozesseinrede aus § 76 CPO. S. 74 N. 13, aus § 407 BGB. S. 401, aus § 1435 BGB. S. 442, aus § 265 II CPO. S. 163 N. 4, wegen Zustimmung S. 487, 514 N. 15.
Prozessführungsrecht trotz Veräusserungsverbot S. 107/8, trotz bedingter Verfügung S. 110 f.
Prozesshandlung und Rechtsgeschäft S. 14 f.
Prozessvergleich S. 84 N. 21, 159.
Prozessverhältnis, Nachfolge in das — § 21 I, S. 373, 378—380, 402, 443, 468/9.
Rechtsgeschäft und Prozessführung S. 14 f.
Rechtsgestaltungsurteil § 1.
Rechtshängigkeit, Bedeutung ihrer Kenntnis S. 195 f., bei indossablen Papieren S. 297. S. auch Prozesseinrede.
Rechtskraft 1) objektiver Umfang S. 11 N. 26; prozessrechtliche Natur der sog. materiellen R. § 2; Inhalt = Unbestreitbarkeit S. 12 f.; R. der konstitutiven Urteile S. 3 f.; der Beschlüsse S. 20 N. 49. 2) Subjektive Begrenzung, Regel inter partes S. 19, § 17 (bes. Note 6a), Erstreckung auf Dritte

(Übericht) § 9. 3) R. und Vollstreckbarkeit § 6. 4) R. der günstigen, aber nicht der ungünstigen Urteile S. 87/8, 230 f., 486 f. 5) Rechtskrafterstreckung abhängig vom Willen einer Partei (Übersicht) S. 486 f.
Rechtsnachfolge 1) im Sinne der CPO. S. 92 f., Begriff S. 94 f. 2) Nachfolge in Rechte, a) Gründe S. 94 (Surrogation Note 5), infolge Verfügung des Nichtberchtigten §13, infolge Rückfalls und Anfechtung §§ 15, 16. b) Arten: Gesammtnachfolge §§ 30/4, in einzelne Rechte §§ 36/44, translative § 35, in den Besitz § 36, konstitutiv § 37, restitutiv §§ 38/9, durch Aufgabe von Rechten § 40, durch Rechtsverleihung §§ 41/4 (Verträge auf Leistung an Dritte § 41, Indossament § 42, Rückerwerb des indossierten Papiers § 43, Inhaberpapiere § 44). 3) in Verbindlichkeiten §§ 45—54, a) infolge Vermögensübernahme §§ 45/6, b) infolge Eigentumserwerbs § 47, infolge Besitzerwerbs (dingliche Ansprüche §§ 48/9, Besitzansprüche §§ 50/2). 4) Rechtskraft zwischen Vorgänger und Nachfolger S. 142.
Rechtsverleihung S. 279 f.
Reflexwirkung § 3.
Repräsentation S. 40, 52.
Restitutionsklage S. 15 f., seitens der Rechtsnachfolger § 26.
Rückfall infolge auflösender Bedingung S. 113 f., infolge Anfechtung S. 121 f.
Rückwirkung der Genehmigung S. 117, der Anfechtung S. 122.
Sachlegitimation S. 157/8.
Schuldsuccession als Rechtsnachfolge § 45/6.
Singularsuccession §§ 35—44.
Sondervermögen S. 60 f.
Statusprozesse § 9.
Streitbefangenheit, Begriff S. 338, insbes. infolge Besitzklage, in Anfechtungsprozessen § 54, bei Erbschaftsanspruch § 53, bei actiones in rem scriptae S. 331, bei jus ad rem S. 332 N. 17, des Vermögens S. 323 N. 16, 326.
Streitveräusserung S. 150.
Streitverkündigung S. 367 N. 13 a.
Subjektiv dingliche Rechte S. 243, Verpflichtungen S. 328.
Surrogation S. 94 N. 5, 395.
Tabelle, Feststellung zur — S. 25.
Testamentsvollstrecker, Stellung S. 37; der Vorerbe als — S. 229 f., seine Einsetzung nicht im Erbschein angegeben S. 472; falsches Zeugnis S. 473/5; Amt erloschen ohne seine Kenntnis S. 413.
Todeserklärung, falsche S. 473.
Überweisung zur Einziehung S. 80, 85.
Unbestreitbarkeit der Urteilsfeststellung S. 12/3.
Uneheliche Kinder S. 71/2.
Unentgeltlicher Erwerb, Bedeutung für die Rechtskraft S. 198 f., 295 f., 351.
Universalvermächtnis S. 219.
Unterlassung, Ansprüche auf — S. 340.
Unkenntnis trotz Zustellung S. 392/3.
Unvererbliche Rechtsverhältnisse, Wirkung der Prozesse S. 147/8.
Unwirksamkeit, schwebende S. 115 f.
Urheberbenennung § 10.
Urheberrechte § 55, I; S. 395.
Urteile, feststellende, konstitutive, verurteilende § 1.
Usucapio pro derelicto S. 272 N. 5.
Veräusserung, Begriff S. 151 f., während des Prozesses §§ 21/5, durch den Kläger § 22/4, durch den Beklagten § 25.
Veräusserungsverbot, Einfluss auf die Prozessführung § 14, S. 408; im Konkurs des Erwerbers S. 256 N. 12.
Verbindlichkeit, Nachfolge in — ist Rechtsnachfolge S. 320 f., Last des Vermögens S. 310 f., V. des Eigentümers als solchen § 47, des Besitzers als solchen §§ 48—52.
Verfügung, Recht zur — über fremdes Vermögen S. 97, Macht ohne Recht S. 98; Unterschied von der Vertretungsmacht S. 99 f.; Einfluss des Konkurses S. 100/1. — Verfügungsmacht als Grundlage der Prozessführungsmacht des Nichberechtigten §§ 56—69 (§ 66 Übersicht).
Vermächtnisnehmer S. 22.
Vermögen, Begriff S. 310.
Vermögensübernahme kraft Gesetzes S. 310 f., kraft Vertrags S. 313 f., eines Sondervermögens S. 315.
Vermögenswertigkeit der Obligation aus Vertrag S. 311 N. 9.

Verträge auf Leistung als Dritte, 1) die den Dritten berechtigenden enthalten eine Verfügung (Rechtsverleihung) S. 280/4, Rechtskraft S. 285/9. 2) R. bei ermächtigenden V. auf Leistung an Dritte S. 284 N. 17.
Vertrag auf Leistung an den Drittgläubiger S. 319.
Vertretung, Begr. S. 36/7, Recht zur Vertretung S. 37, V. im eigenen Interesse S. 38.
Vertretungsmacht, Begriff S. 99 f., Unkenntnis ihres Fortfalls S. 412/3.
Verwaltungsrecht des Ehemanns S. 57/8.
Verurteilung, erzeugt das Vollstreckungsrecht S. 6; ihr feststellender Inhalt S. 5; Bedeutung im Falle des § 1435 BGB. S. 446/8; Verurteilung zur Leistung an Dritte S. 160.
Victoria prodest alteris S. 24.
Vollstreckung, Verhältnis zur Rechtskraft § 6, S. 323/8.
Vollstreckungsklausel, Klage auf — S. 47.
Vollstreckungsrecht. Entstehung S. 6, als Grundlage der Gläubigeranfechtung S. 90/1.
Vorerbe, Vorgänger des Nacherben § 32, als Testamentsvollstrecker S. 229 f., Entziehung der Verwaltung S. 411, seine Unkenntnis des Eintritts der Nacherbfolge S. 224/5, 395 N. 20.
Vorkaufsrecht § 37, II.
Vormerkung, dingliches Sicherungsrecht S. 254/5, Rechtskraft S. 256/8.
Warenzeichenrecht § 55 I.
Wechsel § 42, Einlösung des — § 43.
Wegfall der Partei S. 148.
Widerspruchsklagen S. 2.
Wiederaufnahmeklagen durch Rechtsnachfolger § 26.
Zeitliche Geltung der Rechtskraftnormen S. 8/9, des § 407 II BGB. § 57 a. E.
Zeitbestimmung s. Bedingung.
Zwischenberechtigter S. 113 f.
Zuschlag S. 97 N. 7, 101 N. 22.
Zustellung, Unkenntnis derselben S. 392.
Zustimmung. 1) Wirksamkeit der Z. zur Prozessführung des Nichtberechtigten a) nach gemeinem Recht § 67 (Thatbestand der l. 63 D. 42, 1) S. 489 f., creditor u. debitor S. 492 f.; Inhalt der Stelle S. 496 f., ihr allgemeines Prinzip S. 503; Anwendungsfälle S. 504 f.), gemeinrechtliche Geltung S. 507. b) nach Reichsrecht § 68. — 2) Z. zur Prozessführung des Berechtigten, dem die Verwaltung entzogen ist S. 511, des Vorerben und der Ehefrau (in Passivprozessen) S. 512/3, des Ehemannes im Falle des § 1380 S. 514/5. 3) Zustimmung zur Klage auf Leistung S. 517.

Quellenregister.

Institutionen.

II 6 § 14 — S. 99 N. 12.

Digesten.

II, 8 l. 15 — S. 495
V, 2 l. 8 § 16 — 18 N. 41.
l. 17 § 1 — 18 N. 41.
l. 29 § 2 — 18 N. 41.
VI, 1 l. 9 — 490.
XXV, 3 l. 3 pr. — 18 N. 41.
XXX, l. 50 § 1 — 18, 23.
XXXX, 14 l. 5 — 500 N. 37.
XXXXI, 7 l. 7 — 272.
XXXXII, 1 l. 44 — 226.
63 — § 67; S. 303.
XXXXIV, 2 l. 1 — S. 18.
l. 29 § 1 — 499.
XXXXIX, 1 l. 4 — 499, 501 N. 44.
l. 14 — 18.

Codex Just.

IV, 52 c. 2 — S. 99 N. 12.
VII, 37 c. 2, 3 — 99 N. 12.
46 c. 1 — 496 N. 25.

Civilprozessordnung.

§ 50 — § 4, 8.
58 — S. 274 f.
66 II — 181.
68 — 32.
72 — 367 N. 13 a.
75 — 33/4.
76/7 — § 10.
§ 239 — S. 149.
242 — S. 234/5, 514 N. 15.
246 — 223.
254 — 364.
265 — § 21/5.
266 — S. 178/9.
268 Nr. 3. — 175 N. 11, 373 N. 37.
322 — 11 N. 28.
325 Abs. 1 (inter partes) — § 17; S. 127 N. 6.
Abs. 1 (Unterbesitzer) — S. 250 f.
Abs. 2 — § 27/9, 66, III.
Abs. 3 — S. 196/7.
326 — § 33; S. 512/3.
616 — S. 64.
628 — 147/8.
629 — § 9.
632 — S. 65.
640 — 147, 8.
643 — § 9, S. 70 f.
644 — S. 71/2.
727 — 133 N. 14.
728 — 239 N. 43, 325.
729 — 5 N. 14, 49 N. 11, 325/8.
731 — 47, 50.
737/8 — 325.
741 — 48.
742 — 324.
746 — 28 N. 82, 37 N. 8.
748 — 316 N. 28/9, 50 N. 12.
767 — 11 N. 28/9.

794 Nr. 5 — S. 6.
§ 836 — 80 N. 3.
Abs. 2 — 388, 392.
850 — 82 f.
856 — § 11.
894 — S. 5 N. 16.
900 III — 20 N. 49.
930 — 80 N. 3.
1018 II — 307.

Konkursordnung.

§ 7, 8 — S. 412.
13 — 256 N. 13.
29 — 368 f.
37 — 371 N. 31.
40 — 369 f.
74 — 20 N. 49.
144 — 24.
147 — 24 f.

Anfechtungsgesetz v. 21. Juli 1879.

§ 2 — S. 89.
5 — 366 N. 11.
10 — 90.
13 — 371 f.

Handelsgesetzbuch.

§ 15 — S. 431.
25 I, 2 — 388 N. 41, 393 N. 10.
129 I — 27/8.
130 — 207.
304/6 — 204, 277 N. 24.
364 — 290 f.
366 III — 422.
372 — 396/7.
392 — 393 N. 11, 488 N. 34.

Wechselordnung.

Art. 10 — S. 290.
16 — 290 N. 2.
36 — 98, 294, 298.
73 — 307 N. 14.
82 — 293 f.

Genossenschaftsgesetz.

§ 122 — S. 14 N. 35, 28 N. 82, 30 N. 93.

Warenzeichengesetz.

§ 7, 9 — S. 377 f.

Patentgesetz.

§ 19 II — S. 378.

Bürgerl. Gesetzbuch.

§ 45/6 — S. 203/4.
82 — 206 N. 10, 315.
88 — 203/4.
108 II — 118 N. 12.
132 — 392.
135 — § 14; S. 104, 408.
140 — 290 N. 2.
142 — 119 f.
161 Abs. 1 — 109 f.
Abs. 2 — 111 f.
Abs. 3 — 104.
177 II — 118 N. 12.
184 II — 117.
218 — 18.
221 — 244, 247 f.
328—335 — § 41.
335 — S. 319.
405 — 95 N. 10, 295 N. 20.
407 — § 56/7; S. 167.
408 — S. 392.
409 — § 55 III.
410 — S. 266.
412 — 389, 393 f.
413 — 389, 394 f.
415 III — 318.
419 — 23, 313 f.
425 II — 45 N. 15/6, 331.
426 II — 30 N. 91.
432 — 24.
556 III — 28 N. 84, 353.
571 — 394 N. 18.
574 — 394.
576 — 389.
604 IV — 28 N. 84, 353.
720 — 409.
738 — 207.
768 — 30, 146.
774 — 30.
775 Nr. 4 — 22.
784 — 294.
793 — 98 N. 10, 305.
796 — 294, 304 f.
810 — 311.
816 I, 2 — 102, 104, 198 f., 295 f. 351.

§ 851	S. 423 f.
858 II	354/5.
861	§ 50/52.
862	S. 360/1.
863	347.
864	348, 356.
883	253 f.
888	255/6.
892	§ 60.
893	§ 60.
928	S. 204, 274 f.
930	397.
932	187 N. 12.
933	397.
936	102.
944	278.
945	279.
954/7	279.
959	272.
999	248.
1056	429.
1098 II	255.
1137	30.
1148	§ 55 II.
1154/5	S. 391.
1185	391.
1225	30.
1242	97 N. 6.
1248	§ 59.
1281	S. 82.
1290	81 N. 5.
1292	290 N. 3.
1325	451/2.
1329	451/2.
1343 II	451.
1344	§ 62.
1380	S. 58, 155 f., 158, § 69 I, S. 514/5.
1388	30.
1400	59, § 69, S. 511 f.
1403	316.
§ 1404	S. 410.
1405, III	414.
1410	30, 315.
1418	3 N. 6.
1423	437.
1424	413.
1431	§ 61.
1435	§ 61.
1438	S. 210.
1442	59.
1472	413.
1483	211 f.
1489	214.
1490	217 f.
1491	216/7.
1492	216.
1507	475/6.
1596	457.
1607	475/6.
1630	37 N. 8.
1659	37 N. 8.
1913	275.
1922	311 f.
1967	312.
1991 III	22 N. 57.
2018 f.	§ 53.
2033	S. 208 f.
2111	220 N. 3, 225.
2113	222 N. 12, 236 f.
2115	232.
2129	62, 392 N. 9, 411.
2140	224/5, 395, 471.
2211	472.
2213	316/7.
2342	122 N. 34.
2362	458.
2365/7	§ 63/5.
2367	S. 460 N. 11.
2368	473 f.
2370	473.

Lippert & Co. (G. Pätz'sche Buchdr.), Naumburg a. S.

Festgabe der Göttinger Juristen-Fakultät für Rudolf von Ihering zum 50jährigen Doktor-Jubiläum am 6. Aug. 1892. 4 Mk. 50 Pf.

Hieraus einzeln:

Ehrenberg, Prof. Dr. V., **Die Verantwortlichkeit der Versicherungsgesellschaften für ihre Agenten.** 1 Mk. 20 Pf.

Regelsberger, Prof. Dr. F., **Streifzüge im Gebiete des Zivilrechts.** 90 Pf.

Merkel, Prof. Dr. J., **Über die sogenannten Sepulcralmulten.** 1 Mk. 50 Pf.

Frensdorff, Prof. Dr. F., **Die Aufnahme des allgemeinen Wahlrechts in das öffentliche Recht Deutschlands.** 2 Mk.

Festschrift Sr. kgl. Hoheit des Prinzregenten Luitpold von Bayern zum 80. Geburtstage dargebracht von der Universität Erlangen. II. Juristische Fakultät. 13½ Bogen. 5 Mk.

Hieraus einzeln:

Gengler, Prof. Dr. G. H., **Über die deutschen Städteprivilegien des XVI., XVII. und XVIII. Jahrhunderts.** 1 Mk. 20 Pf.

Sehling, Prof. Dr. E., **Zur Lehre von den Willensmängeln im kanonischen Recht.** 1 Mk.

Kipp, Prof. Dr. Th., **Wer kann nach deutschem bürgerlichem Recht mit Vermächtnissen belastet werden?** 1 Mk. 20 Pf.

Rehm, Prof. Dr. H., **Das landesherrliche Haus, sein Begriff und die Zugehörigkeit zu ihm.** 1 Mk. 20 Pf.

Allfeld, Prof. Dr. Ph., **Der bedingte Straferlass.** 1 Mk.

Geffcken, Prof. Dr. H., **Die Verfassung des Deutschen Reichs.** Hochschulvorträge gehalten zu Rostock. 2 Mk.

Gengler, Prof. Dr. H. G., **Germanische Rechtsdenkmäler.** Leges Capitularia Formulae. 12 Mk., Glossar dazu 3 Mk.

— —, **Des Schwabenspiegels Landrechtsbuch.** Zum Gebrauche bei akadem. Vorträgen. Mit einem Wörterbuch. 2. verb. Aufl. 2 Mk. 50 Pf.

— —, **Deutsche Stadtrechtsaltertümer.** 10 Mk.

— —, **Beiträge zur Rechtsgeschichte Bayerns.** 1. Heft: Die altbayerischen Rechtsquellen aus der vorwittelsbachischen Zeit. 5 Mk.; 2. Heft: Die altbayerischen Ehehaft-Rechte. 3 Mk. 50 Pf.; 3. Heft: Die Quellen des Stadtrechts von Regensburg aus dem XIII., XIV. und XV. Jahrhundert. 3 Mk. 80 Pf.; 4. Heft: Die Verfassungs-Zustände im bayerischen Franken bis zum Beginne des XIII. Jahrhunderts. 5 Mk.

— —, **Das Deutsche Privatrecht.** 4. verb. Aufl. 13 Mk.

Hanausek, Dr. Gustav, **Die Lehre vom uneigentlichen Niessbrauch** nach gemeinem Recht. 3 Mk.

Harburger, Dr. J., **Das constitutum possessorium im römischen und heutigen Rechte.** Ein civilistischer Versuch. 2 Mk.



Hartmann, Prof. Dr. G., **Die Obligation.** Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. 5 Mk.

Hellwig, Prof. Dr. K., **Die Verträge auf Leistung an Dritte.** Nach deutschem Reichsrecht mit besonderer Berücksichtigung des Handelsgesetzbuchs. Mit einer Einleitung (über das römische Recht) und mit einem Anhange (die Eheverträge zu Gunsten Dritter). 12 Mk.

Hölder, Prof. Dr. E., **Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts.** 3 Mk. 50 Pf.

Hruza, Prof. Dr. E., **Beiträge z. Gesch. d. griech. u. röm. Familienrechtes.** I. Die Ehebegründung nach attischem Rechte. 3 Mk. II. Polygamie und Pellikat nach griechischem Rechte. 3 Mk. 60 Pf.

— —, **Zur Lehre von der Novation** nach österr. und gemeinemRecht. 4 Mk.

— —, **Über das lege agere pro tutela.** Rechtsgeschichtl. Untersuchung. 2 Mk.

Janka, Dr. Karl, **Der strafrechtliche Nothstand.** 4 Mk.

Kahl, Prof. Dr. W., **Über die Temporaliensperre** besonders nach bayerischem Kirchenrechte. 4 Mk.

Kipp, Prof. Dr. Th., **Quellenkunde des römischen Rechts.** Eine Einleitung in das Studium der Institutionen und der Römischen Rechtsgeschichte. 2 Mk.

Kleinschrod, Prof. Dr., **Über die Klagänderung** nach gemeinem Prozess, neuester Prozessordnung und dem code procédure civil. 2 Mk.

Matthiass, Prof. Dr. B., **Die römische Grundsteuer** und das Vectigalrecht. 2 Mk.

Mayer, Prof. Dr. E., **Deutsche und Französische Verfassungsgeschichte** vom 9. bis zum 14. Jahrhundert. 2 Bde. 24 Mk.

Mayer, Dr. Bernh., **Die Vereinbarung schiedsrichterlicher Rechtsstreitentscheidung** nach früherem und jetzigem gemeinen Recht. 2 Mk.

Meyer, Prof. Dr. H., **Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5.** gänzlich umgearbeitete Aufl. 12 Mk.

— —, **Die Parteien im Strafprozess.** 1889. 75 Pf.

Müller, Dr. E., **Hat der Staat das Recht, die Standesherren zur Einkommensteuer heranzuziehen?** Eine Untersuchung unter spezieller Berücksichtigung der preussischen und bayerischen Verhältnisse. 1 Mk. 40 Pf.

— —, **Gegen den „groben Unfug"** in der heutigen Rechtsprechung, insbesondere den Press- und politischen Unfug. 1 Mk. 60 Pf.

Schlossmann, Prof. Dr. S., **Die Lehre von der Stellvertretung** insbesondere bei obligatorischen Verträgen. I. Kritik der herrschenden Lehren. 24 Bog. 6 Mk. 50 Pf.



